

【論 説】

親告罪・私人訴追犯罪・職権訴追犯罪 としての著作権法違反 (1)

—— TPP をめぐる我が国の著作権等侵害罪の一部非親告罪化の動きを踏まえたドイツ・スイス・オーストリア・リヒテンシュタインとの比較法制史的考察 ——

黒 澤 睦

目 次

はじめに

一 我が国の著作権法における親告罪規定

- 1 著作権法における親告罪規定の沿革
- 2 著作権法における親告罪規定の趣旨

二 我が国の著作権法における非親告罪化の動き

- 1 TPP 交渉以前の非親告罪化の動き
- 2 TPP 交渉と政府等の対応の流れ
- 3 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会『環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定に伴う制度整備の在り方に関する報告書』
- 4 TPP 協定の内容——著作権等侵害罪の一部非親告罪化？
- 5 TPP 協定に沿った著作権法における親告罪規定 (案) とその問題

三 ドイツ著作権法における原則的な条件付親告罪規定・私人訴追犯罪規定

- 1 ドイツの刑事訴追制度
- 2 ドイツ著作権法における罰則の全体像
- 3 条件付親告罪規定の沿革——絶対的親告罪から条件付親告罪と非親告罪へ
- 4 原則としての「条件付親告罪」(109 条・106 条～108 条、108b 条)
- 5 「業的な目的で」及び「業として」の意義——非親告罪としての業的著作権等侵害、条件付親告罪としての業的コピープロテクト回避等
- 6 条件付親告罪における「刑事訴追に対する特別な公益」による例外的起訴——知的財産法違反に特化した準則 (刑事手続・過料手続指針 261a 号)
- 7 私人訴追制度における例外的な検察官訴追——前提条件としての「公益」概念
〔以上、本号〕

- 四 スイス著作権法における原則的な絶対的親告罪規定
- 五 オーストリア著作権法における全面的な私人訴追犯罪規定
- 六 リヒテンシュタイン著作権法における原則的な私人訴追犯罪規定
- 七 ドイツ語圏の著作権法における親告罪規定創設の歴史的背景及びその歴史的展開
- 八 ドイツ語圏における著作権法違反の訴追に対する国際的影響
- 九 著作権等と刑事罰をめぐる刑事法的観点からの考察
むすびにかえて

はじめに⁽¹⁾

本論文脱稿時である 2016 年 11 月現在、環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定の締結に伴う立法作業が最終局面近くまで進んでいる (11 月 10 日に関連法案が衆議院本会議で可決された) [本論文分割掲載 (1) 末尾の [補遺] を参照]。その立法作業の中に、TPP 協定で要請されているとされる著作権等侵害罪の一部非親告罪化が含まれており、それに関して少なからぬ議論がなされてきた。

ところで、それらの立法作業や議論を見ると、その結論はひとまずおくとして、その前提となっている情報が不足しているのではないか、あるいは、それに誤りが含まれているのではないか、という疑問を抱くに至った。本論文は、本来は、〈ドイツの条件付親告罪制度における「刑事訴追に対する特別な公益」概念を参考にして、刑事訴追における公益と被害者の権利の限界を検討する〉という、筆者である黒澤の中期的な研究テーマの一部に位置付けられるべきものであった⁽²⁾。しかし、その体系的検討にはまだしばらく時間を必要とするため、ひとまず著作権法ないし知的財産法領域におけるより良い立法作業 (さらなる改正作業を含む) や議論が行われるために、不足している情報を補い、また、誤りを改めることだけでも行う必要があると考え、本論文を執筆することとした。

本論文では、まず、検討の前提として、我が国の著作権法における親告罪規定の沿革と趣旨を概観する [一]。次に、我が国の著作権法における非親告罪化の動きについて、知的財産法領域における他の非親告罪化や TPP 交渉以前の動き等を含めて概観する [二]。その上で、ドイツ語圏の著作権法における親告罪規定及び私人訴追犯罪規定等の紹介・検討を行う。具体的には、ドイツ著作権法における原則

としての条件付親告罪規定（109条：検察官による刑事訴追には「告訴」又は「特別な公益」が必要）及び私人訴追犯罪規定（刑訴法374条、376条：検察官による刑事訴追には「公益」が必要）と例外としての職権訴追犯罪規定〔三〕、スイス著作権法における原則としての絶対的親告罪規定（67条1項等）と例外としての非親告罪規定〔四〕、オーストリア著作権法における全面的な私人訴追犯罪規定（91条3項：捜査機関による捜査と検察官による職権訴追が認められない）〔五〕、リヒテンシュタイン著作権法における原則としての私人訴追犯罪規定（61条1項等：検察官による職権訴追が認められない）と例外としての職権訴追犯罪規定〔六〕である。このうち、スイスは一般的な刑事手続に関する初めての連邦統一法が2011年に施行され、また、オーストリアは刑事訴訟法等の大改正が2008年に施行され、いずれも著作権法違反の手続上の取扱いに大きな影響を与えている。また、ドイツ、スイス、リヒテンシュタインにおいては、「業として」行った著作権法違反の一部が、検察官による職権訴追が可能な犯罪とされており、我が国が仮に一部非親告罪化をとした場合の重要な参考例となろう。それらの検討の後、ドイツ語圏の著作権法における親告罪規定創設の歴史的背景とその歴史的展開を探るとともに〔七〕、ドイツ語圏における著作権法違反の訴追に対する国際的影響を横断的に検討した上で〔八〕、著作権等と刑事罰について刑事実体法と刑事手続法の両面から考察を行うこととしたい〔九〕。

なお、本論文では、日本法に言及する場合、特に断りがない限り、「著作権侵害」は著作財産権の侵害行為を、「著作権等侵害」は著作財産権のほか出版権・著作権隣接権を含めた侵害行為（著作人人格権・実演家人格権を含む場合にはその旨を明示する）を、「著作権法違反」は出所明示義務違反、技術的保護手段の回避装置の提供等、秘密保持命令違反等も含めた著作権法に違反する刑事罰の対象となるすべての行為を指す概念として用いる（著作権法17条1項、79条、89条、119条以下を参照）。ただし、ドイツ語圏の著作権法に言及する場合、「著作権侵害」〔*Urheberrechtsverletzung*〕（厳密には、「著作権侵害」）は、著作財産権と著作人人格権の侵害行為を指すものとする。また、旧条文及び史料等における漢字表記等は、筆者である黒澤が常用漢字等に改めた。また、本論文中的下線による強調は、特に断りがない限り、筆者である黒澤によるものである。

一 我が国の著作権法における親告罪規定

1 著作権法における親告罪規定の沿革⁽³⁾

著作権関連法における明治維新以降の最初の明確な法文の形をとる罰則は、1869年（明治2年）の出版条例⁽⁴⁾ 6条以下である。そして、この出版条例は、1872年（明治5年）⁽⁵⁾と1875年（明治8年）⁽⁶⁾に罰則が改正されている。しかし、当初の出版条例にもその改正後の罰則にも親告罪規定は存在しなかった⁽⁷⁾。

1887年（明治20年）に版權条例⁽⁸⁾が制定され、出版統制と版權保護が分離された。この版權条例で初めて著作権関連法の罰則に親告罪が導入された（27条1項但書（偽版）、28条2文但書）。

第二十七条 偽版者及情ヲ知ルノ印刷者販売者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮若クハ二十円以上三百円以下ノ罰金ニ処ス但被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス 〔第2項省略〕

第二十八条 版權ヲ所有セサル文書図画ト雖モ之ヲ改竄シテ著作者ノ意ヲ害シ又ハ其表題ヲ改メ又ハ著作者ノ氏名ヲ隱匿シ又ハ他人ノ著作ト詐称シテ翻刻スルヲ得ス違フ者ハ二円以上百円以下ノ罰金ニ処ス但著作者又ハ発行者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

1893年（明治26年）に版權法⁽⁹⁾が制定された。同法は、27条1項の罰金刑の下限を引き上げたほか、形式的な修正が行われたが、親告罪規定は版權条例のものをほぼそのまま引き継いだ（27条1項但書、28条2文但書）。

第二十七条 偽版者及情ヲ知ルノ印刷者、販売者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮若ハ三十円以上三百円以下ノ罰金ニ処ス但シ被害者ノ告訴ヲ待テ其ノ罪ヲ論ス 〔第2項省略〕

第二十八条 版權ヲ所有セサル文書図画ト雖之ヲ改竄シテ著作者ノ意ヲ害シ又ハ其ノ表題ヲ改メ又ハ著作者ノ氏名ヲ隱匿シ又ハ他人ノ著作ト詐称シテ翻刻スルヲ得ス違フ者ハ二円以上百円以下ノ罰金ニ処ス但シ著作者又ハ発行者ノ告訴ヲ待テ其ノ罪ヲ論ス

1899年（明治32年）に、旧著作権法⁽¹⁰⁾が制定された。同法でも親告罪規定が置かれた（44条）。

第四十四条 本章ニ規定シタル罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ其ノ罪ヲ論ス但シ第三十八条ノ場合ニ於テ著作人ノ死亡シタルトキ並第四十条乃至第四十二条ノ場合ハ此ノ限ニ在ラス

1970年（昭和45年）に、現行著作権法⁽¹¹⁾が制定された。同法でも親告罪規定が置かれた（123条）。

第二百二十三条 第百十九条〔著作人人格権、著作権、出版権又は著作隣接権の侵害〕及び第二百二十一条第二号〔商業用レコード製作者の違法複製、同複製物の頒布〕の罪は、告訴をまつて論ずる。

2 無名又は変名の著作物の発行者は、その著作物に係る前項の罪について告訴をすることができる。ただし、第百十八条第一項ただし書に規定する場合及び当該告訴が著作人の明示した意思に反する場合は、この限りでない。

1992年（平成4年）の著作権法改正⁽¹²⁾により、商業用レコードに関する罪が従来の121条2項から121条の2に独立して規定されたことに合わせた文言の調整が行われた。

第二百二十三条 第百十九条及び第二百二十一条の二〔商業用レコードの違法複製等〕の罪は、告訴をまつて論ずる。

2 略 〔以下同じ〕

1995年（平成7年）の刑法の一部を改正する法律⁽¹³⁾により、刑法の現代語化にあわせて、著作権法の親告罪規定も現代語化された。

第二百二十三条 第百十九条及び第二百二十一条の二の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

1998年（平成10年）の特許法等改正⁽¹⁴⁾により、特許法196条、実用新案法56条、意匠法69条が非親告罪化された。

1999年（平成11年）の著作権法改正⁽¹⁵⁾により、営利目的の権利管理情報に関する罪（120条の2第3項）の新設にあわせて、同罪が親告罪に追加された。

第二百二十三条 第百十九条、第二百二十条の二第三号〔営利目的の虚偽権利管理情報の付加等〕及び第二百二十一条の二の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

2004年（平成16年）（翌年施行）の著作権法改正⁽¹⁶⁾により、国外頒布目的商業用レコードの国内頒布目的の輸入等の罪（120条4号）の新設にあわせて、同罪

が親告罪に追加された。

第二百二十三条 第百十九条、第百二十条の二第三号及び第四号〔国外頒布目的
商業用レコードの国内頒布目的の輸入等〕並びに第二百二十一条の二の罪は、
告訴がなければ公訴を提起することができない。

2004 年（平成 16 年）（翌年施行）の著作権法改正⁽¹⁷⁾により、秘密保持命令違
反（122 条の 2）の新設にあわせて、同罪が親告罪に追加された。

第二百二十三条 第百十九条、第百二十条の二第三号及び第四号、第二百二十一条
の二並びに前条〔秘密保持命令違反〕の罪は、告訴がなければ公訴を提起す
ることができない。

2006 年（平成 18 年）（翌年施行）の著作権法改正⁽¹⁸⁾により、秘密保持命令違
反の国外犯規定（122 条の 2 第 2 項）が新設され、従来の国内犯の秘密保持命令違
反（同条 1 項）のみが親告罪の対象とされた。

第二百二十三条 第百十九条、第百二十条の二第三号及び第四号、第二百二十一条
の二並びに前条第一項〔秘密保持命令違反のうち国外犯（同条 2 項）を除
く〕の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

2 著作権法における親告罪規定の趣旨

著作権法における親告罪規定の趣旨について、沿革上の主要な転換点に焦点を合
わせて、検討していく。

（一）1887 年（明治 20 年）の「版權条例」における親告罪規定の趣旨

1887 年（明治 20 年）の「版權条例」における親告罪規定の趣旨は、それに関す
る資料を入手することができなかった⁽¹⁹⁾ ため、不明である。

（二）1893 年（明治 26 年）の「版權法」における親告罪規定の趣旨

1893 年（明治 26 年）の「版權法」については、帝国議会の議事速記録等が残さ
れている⁽²⁰⁾。

第 1 回帝国議会で、1890 年（明治 23 年）12 月 8 日に衆議院議員末松謙澄が法
案を提出した。衆議院は修正のうえ可決したが、貴族院で審議未了となった⁽²¹⁾。
第 2 回帝国議会で、1891 年（明治 24 年）11 月 30 日に末松が法案を提出し、同年
12 月 4 日に提案理由の説明を行った。しかし、衆議院で審議未了となった⁽²²⁾。
第 3 回帝国議会で、1892 年（明治 25 年）5 月 6 日に末松が法案を提出した。衆議

院は修正のうえ可決したが、貴族院で審議未了となった⁽²³⁾。第4回帝国議会で、1892年（明治25年）11月30日に衆議院議員元田肇らが法案を提出した。衆議院及び貴族院で修正のうえ、貴族院修正版の法案が1893年（明治26年）2月27日に衆議院で可決された⁽²⁴⁾。

この帝国議会では、27条1項の罰金刑の下限が、同時進行で進められていた出版法での下限引上げと合わせ、また、偽版は破廉恥で罪を軽くしておくべきでないとの理由で引き上げられた⁽²⁵⁾以外は、27条及び28条に関して議論はなく、親告罪規定に関する議論もなかった。

（三） 1899年（明治32年）旧著作権法における親告罪規定の趣旨

旧著作権法案は、1899年（明治32年）1月13日に帝国議会に提出された。ここで、その立法過程を確認する。

（1）立法理由書

著作権法の罰則は、提出された法案と成立した法律とで異なる。また、親告罪の範囲に親告罪の趣旨が関係している。そこで、立法理由を検討する前に、帝国議会提出法案を確認する〔当時は、現在の「親告罪」を「申告罪」と表記する場合があったが、内容は異ならない〕⁽²⁶⁾。

〔凡例〕 ◎親告罪規定、○親告罪、△著作者が生存している場合のみ親告罪、
×非親告罪、一直接関係しないもの（旧著作権法案第42条を参照）

第三章

○第三十五条 偽作ヲ為シタル者ハ五十円以上五百円以下ノ罰金ニ処ス

情ヲ知テ偽作物ヲ発売シ又ハ頒布シタル者及偽作ノ所為ヲ幫助シタル者
ハ三十円以上三百円以下ノ罰金ニ処ス

△第三十六条 第十八条〔著作権承継者による氏名称号等不変更義務〕ノ規定ニ
違反シタル者ハ三十円以上三百円以下ノ罰金ニ処ス

○第三十七条 第二十条〔新聞等の記事の転載の場合の出所明示義務〕及第二
十九条第二項〔著作物の複製の際の出所明示義務〕ノ規定ニ違反シ出所ヲ明
示セスシテ複製シタル者並第十三条第四項〔氏名掲載を拒んだ者の氏名
の不掲載義務〕ノ規定ニ違反シタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

×第三十八条 著作者ニ非サル者ノ氏名称号ヲ付シテ著作物ヲ発行シタル者ハ
五十円以上五百円以下ノ罰金ニ処ス

×第三十九条 著作権ノ消滅シタル著作物ト雖之ヲ改竄シテ著作者ノ意ヲ害シ
又ハ其ノ題号ヲ改メ若ハ著作者ノ氏名称号ヲ隠匿シ又ハ他人ノ著作物ト
詐称シテ発行シタル者ハ二十円以上二百円以下ノ罰金ニ処ス

×第四十条 虚偽ノ登録ヲ受ケタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

一第四十一条 偽作物及専ラ偽作ノ用ニ供シタル器械器具ハ偽作者、印刷者、発
売者、頒布者及輸入者ノ所有ニ在ル場合ニ限り之ヲ没収ス

◎第四十二条 本章ニ規定シタル罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ其ノ罪ヲ論ス但シ第
三十六条ノ場合ニ於テ著作者ノ死亡シタルトキ並第三十八条乃至第四十
条ノ場合ハ此ノ限ニ在ラス

一第四十三条 本章ノ罪ニ対スル公訴ノ時効ハ二年ヲ経過スルニ因リテ完成ス
旧著作権法ノ立法理由書⁽²⁷⁾によれば、罰則の立法理由は次のとおりである。

現行版權法ノ規定ハ版權ヲ侵害シタル者ニ対シ禁錮及罰金ヲ併課スト雖著作
權ノ侵害ニ対シ体刑ヲ科スルハ穩当ナラサルノミナラス著作者ノ權利ニ対ス
ル保護モ亦充分ナリト認メ単ニ財産刑ノミヲ以テ処罰ストセリ

本章ノ規定モ亦著作者又ハ其承継人ノ保護ヲ以テ主タル目的トナスヲ以テ公益
規定ヲ除クノ外凡テ申告罪トセリ

この立法理由書から、①原則として親告罪とされる理由は、その犯罪が著作者又
はその承継人の保護が主たる目的であること、②他方で、例外的に非親告罪とされ
るのは、「公益」に関する規定であること、が読み取れる。ただし、出所明示義務
違反が非親告罪とされている点に注意すべきである。

(2) 貴族院・衆議院での議論

帝国議會における旧著作権法案に関する審議のうち、法案の内容に特に深く踏み
込んで検討が行われたのは、1899年（明治32年）1月21日から開催された貴族
院「著作権法案特別委員会」である⁽²⁸⁾。罰則に関しては、同年1月26日午後、
2月2日、2月3日に議論が行われている⁽²⁹⁾。これらの議論のうち、親告罪規定
については、1月26日午後にわずかに親告罪規定の適用範囲と当時の現行法であ
る版權法上の運用が確認された⁽³⁰⁾ 以外は、詳しい議論はなされなかった。

(3) 法案起草者（水野鍊太郎）の見解

水野鍊太郎は、旧著作権法の法案を起草し、貴族院著作権法案特別委員会にも政
府委員（当時：内務書記官）として法案の趣旨に対する質疑にも対応している⁽³¹⁾。

彼は、その著書の中で、著作権法における親告罪の趣旨について述べている。

旧著作権法が帝国議会の審議を経て成立したのは1899年（明治32年）3月4日であるが、その直後の1899年（明治32年）5月5日に発行された水野『著作権法要義』によれば、旧著作権法における親告罪規定の趣旨は次のとおりである⁽³²⁾。

偽作ニ関スル罪ハ版權法ニ於テモ欧米諸国ノ著作権法ニ於テモ申告罪タルヲ常トス、蓋シ著作権ハ財産権タルト同時ニ人格権タリ、從テ著作権侵害ハ財産権ノ侵害タルト同時ニ名誉権ノ侵害タリ、而シテ場合ニヨリテハ著作物ノ発行ハ其ノ著作者ニ於テ利益ヲ主トセスシテ自己ノ説ヲ世ニ公ニスルコトヲ主トスルコトアリ、此ル場合ニハ其ノ著作物ヲ翻刻若ハ翻訳セラル、コトハ毫モ意ニ介セサルノミナラス却テ著作者ノ希望スル所ナルヘシ、故ニ偽作ニ対シ刑事ノ訴追ヲ為スト否トハ著作者ノ意思ニ放任スルコト公益上正当ナリ、恰カモ刑法ニ於テ誹毀ノ罪ヲ申告罪ト為シタルト同一理由ニ基クナリ、是レ各国ニ於テ偽作ニ関スル罪ヲ申告罪ト為シタル所以ニシテ本法ニ於テモ亦此ノ主義ヲ採用シタル所以ナリ、人格権ノ側ヨリ之ヲ見レハ此ノ説一応ノ理由ナキニアラスト雖財産権ノ側ヨリ之ヲ論スルトキハ其ノ理由ノ根拠ヲ見出スコト能ワス、本条但書ニ於テ申告罪ノ除外例ヲ設ケタルハ之ヲ申告罪ト為スノ当ヲ得サルニ依ル、左ニ之ヲ説明セン、

第三十八条ノ場合ニ於テ著作者ノ死亡シタルトキ、第三十八条ノ場合ハ著作権ヲ承継シタル者カ著作者ノ同意ナクシテ其ノ著作物ヲ改竄シタル場合ニ於ル罰則ナリ、著作者ノ生存間ハ著作者ハ被害者タルカ故ニ告訴ヲ為スコトヲ得ヘシト雖著作者ノ死亡後ニ於テハ被害者トシテ告訴ヲ為ス者ナキヲ以テ此ノ場合ニハ之ヲ申告罪ト為スコトヲ得ス、若シ此ノ場合ニモ尚ホ申告罪ト為ストキハ結局犯罪者ヲ罰セスシテ止ムニ至ル是レ第三十八条ノ場合ニ於テ著作者ノ死亡シタルトキヲ除外シタル所以ナリ、

第四十条乃至第四十二条ノ場合、此ノ場合ハ全ク詐偽二等シキモノナレハ普通犯罪ト同一ニ処スルヲ至当トス、之ヲ申告罪ト為スノ理由ナシ、殊ニ第四十条及第四十一条ノ場合ノ如キハ現ニ生存セサル人ニ関スルコトアルヘキヲ以テ申告スル者ナキ場合モ生スヘシ、是レ是等ノ場合ヲ除外シタル所以ナリ

旧著作権法の施行後しばらく経った1903年（明治36年）に発行された水野『著作権法』では、旧著作権法における親告罪規定の趣旨が、次のように若干ではある

が言い換えられている⁽³³⁾。

偽作ニ対スル罪ハ欧米諸国ノ著作権法ニ於テモ多クハ之ヲ親告罪ト為ス我著作權法モ亦之ニ倣ヒタリ（第四四条）蓋シ著作権ハ前述シタル如ク財産權ト人格權トノ混成權利ナリ随テ著作権ノ侵害ハ財産權ノ侵害タルト同時ニ人格權ノ侵害タリ故ニ其侵害ニ対シ刑事ノ訴追ヲ為スト否トハ著作権者ノ意思ニ放任スルヲ以テ正当ナリトス恰モ刑法ニ於テ誹毀ノ罪ヲ親告罪ト為シタルト同一ナリ人格權ノ側ヨリ之を觀レハ此説一理ナキニ非スト雖財産權ノ側ヨリ之ヲ論スルトキハ其理由ノ根拠ヲ見出スコト能ワス

親告罪ハ被害者ノ告訴ヲ待チテ罪ヲ論スルモノナリ然ルニ第三十八条ノ場合ハ著作者カ被害者タルヲ以テ著作者ノ生存間ハ告訴ヲ為スコトラ得ヘシト雖モ著作者ノ死亡後ニ於テハ被害者トシテ告訴ヲ為ス者ナキカ故ニ此場合ニハ之ヲ親告罪ト為スコトラ得ス若シ此場合ニモ仍ホ親告罪ト為ストキハ結局犯罪者ヲ罰セスシテ止ムニ至ル是レ第三十八条ノ場合ニ於テ著作者ノ死亡シタルトキヲ親告罪ヨリ除外シタル所以ナリ

又第四十条乃至第四十二条ハ嚴正ニ論スルトキハ偽作ニ対スル罪ニ非サルカ故ニ之ヲ親告罪ト為スノ理由ナキカ故ニ之ヲ除外シタルナリ

以上から、偽作については、財産権侵害の側面では親告罪規定は正当化できず、人格権侵害の側面のみから親告罪規定が一応正当化されるという理解をとっており、それが当時の諸外国での法制にも合致するとしている。なお、水野は、著作者人格権を含めた「著作権」概念を用いている点に注意する必要がある。

(4) いくつかの問題

問題は、①立法理由書との違い、②当時の欧米諸国の法制との整合性、③1899年説明と1903年説明の違い、④誹毀が親告罪とされた趣旨との整合性である。

①立法理由書との違いは、立法理由書全体が簡潔であることにあわせて、議論の紛糾を避けるために必要最小限度の表現に縮約したため、立法過程で意見の相違があり共通する理由付けのみを採用したため、などの理由が推測される。

②当時の欧米諸国の法制との整合性は、1899年4月18日加入（立法審議当時は加入予定）のベルヌ条約との関係が、二冊の書籍のみならず、立法理由書⁽³⁴⁾や貴族院著作権法案特別委員会での質疑応答⁽³⁵⁾でも再三再四触れられている。中でもドイツ法は外国法制の筆頭として参照されているようである⁽³⁶⁾。水野は人

格権的側面のみから親告罪規定を正当化しようとしているが、ドイツ著作権法ではどのような理由から親告罪規定が採用されていたか、また、現在もされているかが問題となる。これについては、本論文三及び八で確認する。

③ 1899年説明と1903年説明の違いは、1903年説明は基本的には1899年説明の要約であるが、単なる要約とはいえない箇所がある。すなわち、1899年説明には、自己の説を世の中に公にすることを主たる目的とする場合には、翻刻・翻訳はかえって著作権者の希望する場合もあることから、著作権者の意思に任せることが公益上正当であるという記述が見られる。このような考え方は、現行著作権法の最終目的である「文化の発展に寄与」すること（1条）をも想起させる。また、事後処理も含めた著作者人格権を含む著作権等の侵害への対応の在り方という着想が見出されうる。これらについては、本論文一2（四）（2）と九で触れる。

④ 誹毀が親告罪とされた趣旨との整合性は、当時の誹毀の罪における親告罪規定の趣旨の確認が不可欠である。当時の旧刑法（1880年（明治13年）公布・1882年（明治15年）施行）の下では、「誹毀ノ罪」〔名誉毀損等〕（358条から360条まで）が親告罪とされていた（361条）⁽³⁷⁾。しかし、旧刑法の立案過程におけるボアソナードと鶴田皓らとの議論では、誹毀の罪の親告罪規定の趣旨については何も述べられていない⁽³⁸⁾。また、当時の注釈書によれば、誹毀の罪の親告罪規定の趣旨は、脅迫（329条）、幼者の略取誘拐（344条）、性犯罪（350条）、姦通（353条）と同様とされる⁽³⁹⁾。そして、脅迫の場合は告訴が畏怖の証であり、幼者の略取誘拐の場合は被害者の貞操栄辱をかえって害するのを防ぎ、性犯罪の場合は被害者又はその親族の面目を汚して被害者にさらなる不幸を招くを防ぐこと等が指摘されている⁽⁴⁰⁾。また、別の注釈書でも、幼者の略取誘拐や性犯罪と同様とされる⁽⁴¹⁾。これらはいわゆる二次被害の回避を目的とするものであるが、当時の「著作権」侵害のもつ人格権侵害の側面を考慮したとしても、誹毀の罪でいう二次被害の回避と同一のものが著作者人格権侵害を含む著作権等侵害で問題となるとは必ずしも言えない可能性がある。

（四） 1970年（昭和45年）現行著作権法における親告罪規定の趣旨

1970年（昭和45年）の現行著作権法は、親告罪規定を引き継いだ（123条）が、出所明示義務違反の非親告罪化等の変更がある。それらの立法趣旨等を確認する。

(1) 立法理由及び国会審議

現行著作権法の立法理由は、「最近における著作物及び実演等の利用の多様化、著作物等の権利についての国際的保護の制度の発達その他の事情にかんがみ、わが国の文化の発展に寄与するため、現行の著作権制度を全面的にあらため、著作物及び実演等の公正な利用に留意しつつ、作者の権利及びこれに隣接する権利の保護を図る必要がある」⁽⁴²⁾ というものである。

しかし、国会の審議における提案理由・補足説明・質疑応答等の中では、罰則の説明はあるものの、親告罪に関する説明が見受けられない⁽⁴³⁾。

(2) 法案起草担当者（加戸守行）の説明

法案の起草を担当した加戸守行によれば、親告罪規定の趣旨及び非親告罪規定の趣旨は、次のとおりである⁽⁴⁴⁾。

① 親告罪規定の趣旨

まず、親告罪規定全体として、123 条の趣旨は次のとおりである⁽⁴⁵⁾。このうち、私権であるために「作者等事後追認又は事後許諾により適法化される性格を有する」とする点が加戸の説明の最も特徴的な点である。

第 119 条の権利侵害等の罪及び第 120 条の 2 第 3 号の権利管理情報営利改変等の罪、同条第 4 号の国外配付目的商業用レコードの営利輸入等の罪の保護法益は、著作者人格権・著作権・出版権、実演家人格権及び著作隣接権という私権であって作者等事後追認又は事後許諾により適法化される性格を有するものでありますので、その侵害について刑事責任を追及するかどうかは被害者である権利者の判断に委ねることが適当でありまして、被害者が不問に付すことを希望しているときまで国家が乗り出す必要がないと考えられるからでございます。また、第 121 条の 2 に規定する外国原盤商業用レコード無断複製の罪の保護法益は、レコード製造業者がレコード製作者との契約によって得べかりし経済的利益でありますので、その侵害に対する刑事責任の追及も、第一義的には、無断複製された商業用レコードの原製作者であり被害者であるレコード製造業者の判断に委ねることが相当であるからであります。

これに対し、第 122 条の 2 第 1 項の秘密保持命令違反の罪につきましては、若干事情が異なっております。と言いますのも、秘密保持命令が、営業秘密を保護するための制度であるにもかかわらず、秘密保持命令違反の罪の審理は、

憲法上の要請から公開せざるを得ませんから、その対象となった営業秘密の内容が審理に現れ、漏洩するリスクが想定されるのです。このため、本罪を親告罪として、その起訴を営業秘密の保有者の意思に委ねているのであります。営業秘密に関する不正競争防止法違反の罪も同様の趣旨から親告罪とされております。

次に、各条項が親告罪とされている趣旨を個別に確認する。

119条が親告罪とされている趣旨は次のとおりである⁽⁴⁶⁾。

……本条〔119条〕で保護しようとする法益は、第一義的には、著作者人格権・著作権・出版権、実演家人格権又は著作隣接権という私権であって著作者等の事後追認又は事後許諾により適法化される性格を有するものでございまして、被害者である権利者の意思を無視してまで訴追するものとすることは適当ではない……。

120条の2第3号及び4号が親告罪とされている理由は次のとおりである⁽⁴⁷⁾。

〔120条の2第3号は〕、改変等が行われた権利管理情報に係る特定の著作権等を保護法益とするものである……

〔120条の2第4号も〕、前号と同様、対象となる商業用レコードに係る特定の著作権等を保護法益とするものである……

121条の2が親告罪とされている理由は次のとおりである⁽⁴⁸⁾。

本条〔121条の2〕では、処罰の対象となる複製、頒布、頒布目的の所持及び頒布する旨の申出の行為をレコード製造業者に無断で行う場合に限定する明文を設けておりません。これは、著作隣接権と同様の私権としての保護を認める趣旨ではないからであります。本条の立法趣旨が不正競争を防止することとあり、かつ、レコード製造業者の保護の観点から、それに反する複製、頒布、頒布目的の所持及び頒布する旨の申出を犯罪とするものであることからして、レコード製造業者の了解を得た複製等の行為は、当然にその違法性が阻却される……

② 非親告罪規定の趣旨（親告罪とされない趣旨）

120条が親告罪とされない理由は次のとおりである⁽⁴⁹⁾。

本条〔120条〕の罪は、第119条の罪とは異なり、親告罪とはされておられません。これは、本条の立法趣旨が死亡著作者又は実演家の人格的利益の保護と

ともに死亡著作者又は実演家の文化的遺産の国家的見地からする保護にあること、及び著作者又は実演家が死亡してから相当年月を経過した場合においては、著作者又は実演家とその子孫との精神的連帯性が希薄化するものでありまして、著作者又は実演家の遺族の意向によって起訴するというよりも、むしろ検察官の自主的判断によって起訴することとするほうが適切と考えたからであります。

121 条が親告罪とされていない理由は、「当然に」⁽⁵⁰⁾と述べられており、明確ではない。

122 条が親告罪とされていない理由（旧著作権法の親告罪から非親告罪に変更された理由）は次のとおりである⁽⁵¹⁾。

本条〔122 条〕は、著作権あるいは著作隣接権を実効あらしめようとする出所明示義務に違反する行為を公益の見地から犯罪とするものでございますから、本条の罪は、親告罪とはされておりません。旧著作権法では、出所不明示の罪を親告罪としておりましたが、誰が告訴権者としての被害者であるのかということが必ずしも明らかではございませんでした。もし、被害者が著作者であるとすれば著作者人格権侵害の罪、著作権者であるとすれば著作権侵害の罪を実質的に構成するものといわざるを得ませんし、旧著作権法時代におけるミュージック・サプライ事件に関する判例（札幌高裁昭和 34 年 5 月 29 日判決）のように出所不明示即著作権侵害の理論構成をとるとすると、出所不明示罪の存在意義を全く失うことになりますし、著作者名の表示を欠いたり出版社名の表示を欠いたりすることが著作権者の利益を害するとの説明には説得性がございせん。出所明示を要求する意義が、一般的に著作物等の保護を実効あらしめ、公正な慣行を確保し助長させるための公益上の見地に基づくものであることからすれば、概念の不明確な被害者の告訴をまっとう出所明示義務違反の罪を問うものとすることは不適当と考えられたからでございます。

(3) 著作権法における親告罪規定の趣旨をめぐるその他の学説等

親告罪制度全般の趣旨は、いわゆる二分説（軽微性、二次被害回避）と三分説（軽微性、二次被害回避、家族・親族等の保護）が通説的理解となっている⁽⁵²⁾。

① 親告罪とする趣旨

著作権法における親告罪規定の趣旨については、これらの一般的な趣旨の議論と

は異なった説明がなされている。例えば、①保護法益が私的利益であること、②比較的軽微であること、③捜査・訴追機関の負担軽減のため、複雑な侵害行為に最も敏感で事情をよく知る被害者の告訴に待つのが相当であること、④人格的利益が問題となっていること、などが挙げられている⁽⁵³⁾。さらに、⑤商業用レコード違法複製等（121条の2）の場合、同罪が不正競争防止の趣旨のほかに著作隣接権の補完的保護の趣旨もあるため、著作隣接権侵害罪が親告罪であることとの均衡を図ったとされる⁽⁵⁴⁾。また、⑥秘密保持命令違反（122条の2第1項）の場合、刑事手続が開始されると、想定外の第三者に秘密が開示されることになるため、刑事手続の発動を申立人の意思にかからしめるのが相当であるからとされる⁽⁵⁵⁾。

しかし、①窃盗罪等の保護法益は私的利益であるが親告罪とされていない、②著作権等侵害罪は軽微ではない、③捜査・公訴の責任は非親告罪である他の知的財産法（特許法、商標法）と変わらない、④著作者人格権の侵害以外は説明できない、などの批判がある⁽⁵⁶⁾。

② 非親告罪とする趣旨

各著作権法違反を非親告罪とする趣旨は次のとおりである。120条の場合、告訴権者が存在しない可能性がある⁽⁵⁷⁾。120条の2第1号及び2号の場合、著作権の間接侵害に当たる類型であるため被害者を特定することが困難である⁽⁵⁸⁾。121条の場合、著作物の出所についての社会の判断を誤らせるおそれがあり、単なる著作権者の個人的法益の侵害にとどまらない⁽⁵⁹⁾。出所明示義務違反（122条）の場合、著作者、著作権の保護を尊重する公正な取引慣行を確保しようとするものであるから、社会的法益に関する罪である⁽⁶⁰⁾、というものである。

③ 問題の所在

著作権法における親告罪規定は、立法技術上、123条という一つの条文にまとめられている。しかし、対応する個別の犯罪は、実体法上も手続法上も異なる性質を持つものである。したがって、親告罪制度の趣旨の検討も、著作権法・知的財産法の全体的考察のほかに、犯罪ごとの個別的考察が必要である。この点については、本論文九で論じる。

二 我が国の著作権法における非親告罪化の動き

1 TPP 交渉以前の非親告罪化の動き⁽⁶¹⁾

著作権等侵害罪の一部非親告罪化の議論は、2013 年の TPP 交渉参加以前にも行われてきた。

例えば、1999 年 12 月の「著作権審議会第 1 小委員会専門部会（執行・罰則関係）報告書」では、1998 年の特許権等侵害の非親告罪化を引き合いに出しつつ、「侵害罪の非親告罪化」を引き続き検討するとしている⁽⁶²⁾。また、2003 年 1 月の「文化審議会著作権分科会審議経過報告」でも、同様に特許権等侵害の非親告罪化を引き合いに出しつつ、引き続き検討するとしている⁽⁶³⁾。

その後、2006 年 11 月 17 日に開催された内閣の「知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会（第 8 回）」で非親告罪化が具体的に議題に上った⁽⁶⁴⁾。これを受けて、2007 年 2 月 9 日に日本弁護士連合会は「著作権罰則の非親告罪化に関する意見書」によって非親告罪化に反対を表明した⁽⁶⁵⁾。しかし、同年 2 月 26 日に知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会は「知的創造サイクルの推進方策（案）」において、「海賊版対策の更なる強化を図る」ため、「著作権法における「親告罪」を見直す」として、次のようにまとめた⁽⁶⁶⁾。

海賊版の氾濫は、文化産業等の健全な発展を阻害し、犯罪組織の資金源となり得るなど、経済社会にとって深刻な問題となっている。重大かつ悪質な著作権侵害等事犯が多発していることも踏まえ、海賊版の販売行為など著作権法違反行為のうち親告罪とされているものについて、非親告罪の範囲拡大を含め見直しを行い、必要に応じ法制度を整備する。〔下線は原文による（前回提案からの追加・修正箇所）〕

このうち、下線による修正は、当初の文案が「抑止力の向上を図るために親告罪を見直すという書き方になっていた」ものを、「その犯罪の被害が非常に深刻であり、重大である、あるいは悪質なものが増えている。こういうことを踏まえて、親告罪を見直すというふうに理由づけのところを変え」たと説明されている。また、第 2 文の後半部分について、「非親告罪にすることを余り断定せずに、更に御議論を深めていただく」ために表現が変更されたと説明されている⁽⁶⁷⁾。

そして、2007年5月31日の知的財産戦略本部「知的財産推進計画2007」は、前述の推進方策を踏まえ、2007年度中に警察庁・法務省・文部科学省が取り組むべき施策として、著作権法における親告罪の見直し（法改正を含む）を掲げた⁽⁶⁸⁾。

海賊版の氾濫は、文化産業等の健全な発展を阻害し、犯罪組織の資金源となり得るなど、経済社会にとって深刻な問題となっている。重大かつ悪質な著作権侵害等事犯が多発していることも踏まえ、海賊版の販売行為など著作権法違反行為のうち親告罪とされているものについて、2007年度中に非親告罪の範囲拡大を含め見直しを行い、必要に応じ法改正等制度を整備する。

これを受けて、著作権分科会法制問題小委員会で議論が重ねられ、2007年6月29日の第5回会議で、それまでの審議を踏まえて、「著作権法における親告罪の在り方に関する論点のまとめ（案）」が提示された⁽⁶⁹⁾。さらに、同年10月12日に同小委員会の「平成19年度・中間まとめ」が取りまとめられ（「第2節 海賊版拡大防止のための措置について」）⁽⁷⁰⁾、最終的に、2009年1月の「文化審議会著作権分科会報告書」において、次のような結論が出された⁽⁷¹⁾（中間まとめの結論と同じ）。

著作権等の侵害罪についての親告罪の範囲の見直しについては、著作権等侵害行為の多様性や人格的利益との関係を踏まえると、一律に非親告罪化してしまうことは適当でない。なお、例えば現行の犯罪類型のうち一部を新たな犯罪類型としてそのみを非親告罪とするとの考え方もあるが、そのような要件設定が立法技術上可能かどうかという点や、非親告罪とした場合の社会的な影響を見極めることも必要であり、慎重に検討することが適当である。

この中間まとめ及び報告書では、オーストリアにおける著作権等侵害罪が親告罪であるとされているが、それは誤りであり、正しくは〈私人訴追犯罪〉である（本論文五を参照）。また、ドイツとオーストリア以外の欧米主要国の著作権法上に親告罪規定はないとされるが、スイス著作権法は当時も〈絶対的親告罪〉が原則であった（本論文四を参照）。

その後、TPP協定交渉に参加する前の2011年2月に、「日米経済調和対話」の「知的財産権」の項目で、アメリカから次のような関心事項が伝達された⁽⁷²⁾。

エンフォースメント手段

権利者からの申し立てを必要としない、警察や税関職員および検察の主導によ

る知的財産権の侵害事件の捜査・起訴を可能にする職権上の権限を警察や税関職員および検察に付与し、権利者への実効的な救済手段として著作権や商標権侵害に対して予め決められた法定損害賠償の制度を採用することで、知的財産権の侵害に対するエンフォースメントを強化する。

この対話の段階で TPP 協定交渉が視野に入っていることはもちろんであるが、アメリカ独自の関心事項としても非親告罪化が求められていることが、伝達事項から明らかである。

これらの一連の動きの背景には、「模倣品・海賊版拡散防止条約」／「偽造品の取引の防止に関する協定」(Anti-Counterfeiting Trade Agreement: ACTA) 構想がある⁽⁷³⁾。同構想は、知的財産戦略本部による 2004 年 12 月「模倣品・海賊版対策加速化パッケージ」⁽⁷⁴⁾とそれを受けた 2005 年 6 月の「知的財産推進計画 2005」⁽⁷⁵⁾を踏まえて、我が国が 2005 年 7 月の G8 グレンイーグルズ・サミットで提唱した模倣品・海賊版防止のための法的枠組みに端を発している。2008 年 6 月から交渉が進められ、2010 年 10 月に大筋合意に至り、我が国は 2011 年 10 月に協定に署名、2012 年 10 月に正式締結した。同協定 26 条は、次のように、「職権による刑事上の執行」を定める⁽⁷⁶⁾。

第二十六条 職権による刑事上の執行

各締約国は、第二十三条（刑事犯罪）1 から 4 までに定める刑事犯罪であつて自国が刑事上の手続及び刑罰を定めるものに関し、適当な場合には、自国の権限のある当局が捜査を開始し、又は法的措置をとるために職権により行動することができることについて定める。

この条項が、著作権等侵害の（一部）非親告罪化を求めるものであるかは議論があった⁽⁷⁷⁾が、外務省の公式見解は、ACTA は著作権の非親告罪化を義務づけるものではないとしている⁽⁷⁸⁾。本条項は、「法的措置」が職権による刑事裁判所への起訴を意味していると仮定しても、それが職権による捜査と選択になっている点で、非親告罪化を絶対的に要請しているとはいえない。訳語も含めた ACTA と TPP の条項の比較について本論文二 4 で、ドイツ語圏での ACTA への対応について本論文八で検討する。

2 TPP交渉と政府等の対応の流れ⁽⁷⁹⁾

2010年3月に、環太平洋戦略的経済連携協定（P4協定：シンガポール、ニュージーランド、チリ、ブルネイ）に、アメリカ、オーストラリア、ペルー、ベトナムが加わって、TPP協定の交渉が開始された。その後、交渉参加国は拡大していった。日本は、2011年11月に交渉参加に向けた協議開始の意向を表明し、2013年7月に正式に交渉に参加することとなった。紆余曲折を経て、2015年10月5日に大筋合意が成立した。

この大筋合意を受けて、直後の2015年10月9日に政府TPP総合対策本部が「総合的なTPP関連政策大綱（仮称）」策定の方針決定をすると、11月4日には文化庁・文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会で本格的な検討が開始された。その一方で、11月25日に「総合的なTPP関連政策大綱」が正式決定された。この大綱には、「著作権等侵害罪の一部親告罪化」とその際に「二次創作への萎縮効果等生じないように、対象範囲を適切に限定する」ことが盛り込まれた⁽⁸⁰⁾。

2016年2月4日にTPP協定文書に署名が行われると、2月24日に文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会がそれまでの検討を踏まえて『環太平洋パートナーシップ（TPP）協定に伴う制度整備の在り方に関する報告書』を提示した。その一節に、「著作権等侵害罪の一部非親告罪化」が含まれている⁽⁸¹⁾。

2016年3月8日にTPP協定の国会承認を求める議案、関連11法案が閣議決定され、国会に提出された。6月1日に審議未了のまま第190回常会が閉会されたが、継続審議で次期国会に持ち越された。8月1日からの第191回臨時会を経て、9月26日からの第192回臨時会において、11月4日に衆議院の特別委員会、11月10日に衆議院本会議で可決され、参議院での審議に移っている。

3 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会『環太平洋パートナーシップ（TPP）協定に伴う制度整備の在り方に関する報告書』

著作権等侵害罪の一部非親告罪化する法案を専門的検討結果として最も基礎づけているのは、TPP協定に伴う制度整備の在り方を検討した上で著作権等侵害罪の一部親告罪化を提示した、2016年2月4日の文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会『環太平洋パートナーシップ（TPP）協定に伴う制度整備の在り方に関する報告書』である。それは実質的な立法理由書とも言いうる。

(一) 報告書の前提 (12 頁)

同報告書の出発点となっている前提、すなわち、TPP 協定についての理解は、次のとおりである⁽⁸²⁾。

TPP 協定においては、著作権等侵害罪の一部非親告罪化について、下記の事項が定められている (第 18・77 条)。

- ・著作権、実演家の権利又はレコードに関する権利を侵害する複製に係る罪のうち、故意により商業的規模で行われるもの (※) について、非親告罪とすること。

※「商業的規模で行われる」行為には、少なくとも次の行為を含む。

- (a) 商業上の利益又は金銭上の利得のために行われる行為
- (b) 商業上の利益又は金銭上の利得のために行われるものでない重大な行為であって、市場との関連において当該著作権又は関連する権利の権利者の利益に実質的かつ有害な影響を及ぼすもの

ただし、非親告罪とする範囲については、市場における著作物、実演又はレコードの利用のための権利者の能力に影響を与える場合に限定することができる。

注意すべきは、〈TPP 協定が著作権等侵害罪の一部非親告罪化を要請している〉という前提に立っているということである。これは協定交渉においても前提ととらえられてきたことであり、現在の一般的な理解も同様である。しかし、協定の文言を見る限りでは、著作権等侵害罪の一部非親告罪化が必ずしも必要ではないとの解釈の余地がある。これについては、本論文二 4 で検討する。

(二) 国際的な状況についての認識 (13 頁)

TPP 協定は国際的に歩調を合わせようという枠組みであることから、それぞれの課題を取り巻く国際的な状況、特に協定参加国の状況が重要な意味を持つ。

報告書では、交渉参加国全 12 か国のうち著作権等侵害罪に親告罪を採用している国が我が国とベトナムのみであるとされ、ベトナムの親告罪制度とその例外が紹介される⁽⁸³⁾。また、協定交渉参加国以外で著作権等侵害罪を原則として親告罪としている国として、韓国とドイツの法制が紹介される。ドイツについては、「訴追当局による職権関与が例外的に認められており (ドイツ著作権法 109 条)、また、業として行われたものについては非親告罪とされている (同法 109 条及び 108a 条

参照。）」と紹介される⁽⁸⁴⁾。

報告書の問題は、著作権等侵害罪を非親告罪として規定することが世界的趨勢であるかのような印象を与える点である。実際には、スイスでは著作権等侵害罪を原則として絶対的親告罪とし、オーストリアでは検察官による訴追を認めない私人訴追犯罪とし、リヒテンシュタインでは原則として私人訴追犯罪としている。また、ドイツの著作権法の罰則には、業として行ったものであっても、条件付親告罪として規定されているものがある。これについては、本論文三以下で詳しく検討する。

（三） 検討結果（13 頁以下）

報告書は、「TPP 協定の締結のために必要な措置」⁽⁸⁵⁾として、次のように検討結果をまとめる。

「海賊版対策の実効性確保により資する観点から、著作権等侵害罪の非親告罪化について必要な制度整備を行う」。非親告罪の範囲は、「TPP 協定において非親告罪化が義務づけられている範囲及びその趣旨を踏まえつつ、我が国の二次創作文化への影響に十分配慮」する⁽⁸⁶⁾。具体的には、海賊行為のように、被害法益が大きく、「著作物等の市場と競合するため著作権者等の事後追認等により適法化されることが通常想定できない罪質が重い行為態様によるもの」を非親告罪とする⁽⁸⁷⁾。また、「一定の目的をもって行われた悪質な著作権等侵害行為」に限定し、「対価として利益を受ける目的」や「著作権者等の利益を害する目的」を要件とする⁽⁸⁸⁾。二次創作は、著作権者等の市場と競合しないため、非親告罪としない⁽⁸⁹⁾。公衆譲渡又は公衆送信による侵害行為、視聴覚的実演に係る実演家の権利や放送事業者及び有線放送事業者の権利を侵害する行為は、TPP 協定では非親告罪化を求められていないが、「権利者に与える不利益」が大きく、悪質であるため、非親告罪の対象とする⁽⁹⁰⁾。

被害者の意思を尊重するため、非親告罪化後も権利者への事情の確認を行う⁽⁹¹⁾。犯罪の成否を左右する事実（権利者、許諾の有無等）を聴取する必要があるなど、被害者の協力が不可欠な犯罪類型であるため、被害者の協力なくその意思に反して捜査・公訴提起することは、事実上極めて困難である⁽⁹²⁾。

（四） 問題の所在

以上のように、報告書は幅広い考察がなされている。しかし、その表題のとおり〈TPP 協定に伴う制度整備の在り方〉を検討しているため、我が国の法状況から自

覚的に生み出された法政策といえない部分があり、また、著作権等と刑事罰、特に親告罪制度とそれをめぐる本質的課題が多く残されたままである。これについては、本論文九で論じる。

4 TPP 協定の内容——著作権等侵害罪の一部非親告罪化？

一般的に、TPP 協定は著作権等侵害の一部非親告罪化を求めていると想定されている。しかし、この点について、我が国の内閣官房 TPP 政府対策本部により公表された「TPP 協定の暫定仮訳」（2016 年 1 月 7 日）⁽⁹³⁾ 及び「TPP 協定（訳文）」（2016 年 3 月 8 日）⁽⁹⁴⁾ とニュージーランド政府によって公表された英文協定書⁽⁹⁵⁾ を比較すると、若干の疑問が生じる。ここでは、ACTA の関連条項⁽⁹⁶⁾ と比較して検討する。

（一） 我が国の暫定仮訳及び訳文

我が国の内閣官房 TPP 政府対策本部による暫定仮訳及び訳文によれば、一部非親告罪化に関わる箇所は次のように記述されている。

第 18 章 第 77 条 刑事上の手続及び刑罰／第 6 項柱書及び同項 g 号

6 各締約国は、1 から 5 までに規定する犯罪に関し、次の事項について定める。

(g) 当該締約国の権限のある当局が、第三者又は権利者による告訴を必要とすることなく法的措置を開始するために職権により行動することができること（注）。

【参考 1】

第 18 章 第 76 条 国境措置に関する特別の要件／第 5 項柱書

各締約国は、自国の権限のある当局が税関管理の下にある物品^(注 1) であって、不正商標物品又は著作権侵害物品である疑いのある次に掲げるものについて職権により^(注 2) 国境措置を開始することができることを定める。

注 2 職権による行為は、第三者又は権利者からの告訴を必要としない。

【参考 2】

ACTA 第二十六条 職権による刑事上の執行

各締約国は、第二十三条（刑事犯罪）1 から 4 までに定める刑事犯罪であって自国が刑事上の手続及び刑罰を定めるものに関し、適当な場合には、自国の

権限のある当局が捜査を開始し、又は法的措置をとるために職権により行動することができることについて定める。

（二） 英文協定書

これに対して、TPPの英文協定書では、同じ箇所が次のように記述されている。

Article 18.77: Criminal Procedures and Penalties

6. With respect to the offences described in paragraphs 1 through 5, each Party shall provide the following:

- (g) Its competent authorities may act upon their own initiative to initiate legal action without the need for a formal complaint by a third person or right holder.¹³⁵

【参考 1】

Article 18.76: Special Requirements related to Border Measures

5. Each Party shall provide that its competent authorities may initiate border measures ex officio¹¹⁹ with respect to goods under customs control¹²⁰ that are:

119 For greater certainty, that ex officio action does not require a formal complaint from a third party or right holder.

【参考 2】

ACTA ARTICLE 26: EX OFFICIO CRIMINAL ENFORCEMENT

Each Party shall provide that, in appropriate cases, its competent authorities may act upon their own initiative to initiate investigation or legal action with respect to the criminal offences specified in paragraphs 1, 2, 3, and 4 of Article 23 (Criminal Offences) for which that Party provides criminal procedures and penalties.

（三） 訳語の問題か別の解釈の可能性か

77条6項柱書及び同項g号という条文には、いくつかの問題が含まれる。

第一に、「regal action」という用語である。条文の文脈や交渉の経緯を踏まえて理解すれば、「刑事裁判所への起訴」を意味している。しかし、暫定仮訳や訳文のように、「法的措置」という訳語も成り立たなくはない。そして、それを広く解釈するならば、検察官（検察審査会も含む余地がある）による起訴、裁判所による

刑事裁判を経ての処罰が不可欠とはいえなくなり、また、捜査上の強制処分権限のみでもよいという解釈が成り立ちうる。その場合、現行の犯罪捜査規範 70 条が認めるような親告罪の要急捜査を認めていれば、法改正が必要でないという立論もできなくはない。ただし、それは訳語上も TPP の文脈・経緯上もかなり困難な解釈である。さらに、ACTA26 条の文言を見ると、捜査〔investigation〕との対比選択がなされており、「regal action」は「刑事裁判所への起訴」を指すことを意図しているものと推測される。「formal complaint」と新たに結びつけたことも、非親告罪化の意図を明確化したものと推測される。

第二に、「formal complaint」の主体について、「third person」があえて言及されている点である。企業の場合を想定しているのか、あるいは、請求犯罪等を想定しているのか、それとも、第三者の告発を意味しているのか、明確にされるべきであった。ただし、いずれにしても、非親告罪化の要請であることには違いがない。

第三に、g 号が訴追当局に付与する権限が不明確である。暫定仮訳と訳文によれば、職権起訴の権限の他に、その準備活動である捜査活動にも言及しているかのように表現されている。しかし、原文は、自らの判断に基づいて公訴を提起する権限が与えられればよいというようにも読める。

いずれにしても、締約国に裁量の余地を与えることをあえて意図しているのであるならば別であるが、本条項は非常に重要な権限に関する条項であるため、別の理解を少しでも排除できるような、より厳密な表現がなされるべきであったと思われる。なお、ACTA26 条にいう「適当な場合」は、TPP では「商業的規模」に具体化され、注で説明が加えられている。

5 TPP 協定に沿った著作権法における親告罪規定（案）とその問題

2016 年 3 月 8 日に国会に提出された著作権法改正法案は、TPP 協定に沿った親告罪規定が盛り込まれている。これには少なくとも 2 つの検討すべき課題がある。

（一） 商業的規模と営利目的

改正後の規定では、営利目的のものでも、親告罪を維持している。すなわち、①コピー機等供用（119 条 2 項 2 号）、②虚偽権利管理情報付加等（120 条の 2 第 3 号）、③海外用レコード逆輸入による利益不当侵害（同 4 号）である。

これらは、TPP 協定で対応が求められている「商業的規模」のものと何が違う

のか。「商業的規模」の概念とその適用範囲については、TPP協定そのものや報告書でも言及されているが、ドイツ、スイス、リヒテンシュタインでは、「業として」[*gewerbsmäßig*]という概念で統一的に検察官の職権訴追を認める規定を設けており、これらとの比較が有益であると思われる。これについては、本論文三以降で検討する。

（二） 親告罪規定による犯罪構成要件の細分化

改正後の規定では、法定刑が最も重い一般規定（119条1項）のみ、様々な条件を付して、新たに一部非親告罪化をしている（新123条2項）。その条件は、①図利・加害〈目的〉、②〈客体〉としての有償著作物、③〈行為態様〉としての「原作のまま」（二次創作の除外）、④〈結果〉としての利益の不当侵害（被害の大きさ）である。この立法技術は、119条1項の犯罪構成要件を形式上変化させることなく、新123条2項の親告罪規定の中で実質的に犯罪構成要件を細分化し、その一部を非親告罪化したものといえる。

この場合に問題となるのが、第一に、立法技術的にそのような犯罪構成要件の細分化にあたることを理解して改正案の作成・議論が行われたのかである。そして、より本質的な問題として、第二に、本体にあたる119条1項を変化させないということは、法定刑も変化させないということになるが、そうすると犯罪論・刑罰論として問題が生じないか。すなわち、前述の①目的、②客体、③行為態様、④結果の異なる、しかも常に一方的に軽重の差違のある犯罪現象を、一つの犯罪構成要件の中にとどめ、同じ法定刑としておくことが妥当であるのか。さらに、第三に、それらの差違を、少なくとも通説の理解によれば手続法上の制度である親告罪制度という枠組みの中で処理して良いのか。その場合に、従来の親告罪制度の趣旨と合致するのか。あるいは、①から④の条件に見合うような新たな趣旨の下で親告罪として存続させるのか。これらのほかに著作権法の罰則には従前から別の解決すべき問題がある。それらの問題も含めて、本論文九で考察を行いたい。

三 ドイツ著作権法における原則的な条件付親告罪規定・私人訴追犯罪規定^{(97) (98)}

1 ドイツの刑事訴追制度⁽⁹⁹⁾

(一) 国家訴追主義とその修正

(1) 国家訴追主義

ドイツの刑事訴追制度は、国家訴追主義が原則となっている。すなわち、公訴〔*öffentliche Klage*〕の提起は検察庁の任務である（刑訴法 152 条 1 項）。

(2) 国家訴追主義の例外・修正

① 私人訴追制度〔*Privatklage*〕⁽¹⁰⁰⁾

ドイツでは、私人訴追も採用されている。私人訴追犯罪の場合、被害者自身が刑事訴追を行うことができるだけでなく（374 条）、「公益」〔*öffentliches Interesse*〕が存在する場合には検察庁も公訴を提起することができる（376 条）。逆から見れば、「公益」がなければ検察官は刑事訴追を行うことができない。検察官が公訴を提起しない場合、捜査手続は行われない。私人訴追犯罪の多くは、調停〔*Sühneversuch*：和解の試み〕が前置される必要がある（380 条）。

私人訴追の対象犯罪は、刑法典では、住居侵入（123 条）、侮辱（185 条～189 条、一部例外あり）、録画による一身専属的生活領域の侵害（201a 条）、文書の秘密の侵害（202 条）、傷害（223 条、229 条）、ストーキング（238 条 1 項）又は脅迫（241 条）、取引交渉における贈収賄（299 条）、器物損壊（303 条）がある（なお、完全酈酈の場合（323a 条））。また、特別法においては、著作権法 106 条から 108 条まで、108b 条 1 項及び 2 項のほか、不正競争防止法 16 条から 19 条まで、特許法 142 条 1 項、実用新案法 25 条 1 項、半導体保護法 10 条 1 項、品種保護法 39 条 1 項、商標法 143 条 1 項、143a 条 1 項、144 条 1 項及び 2 項、デザイン法 51 条、65 条 1 項、美術著作権法 33 条がある（374 条 1 項各号）。これらのうち調停前置の対象となるのは、住居侵入、名誉に対する罪、傷害、脅迫、器物損壊であり、著作権等の知的財産権の侵害はその対象に含まれない（380 条 1 項を参照）。

② 公訴参加制度（被害者の刑事訴訟参加）〔*Nebenklage*〕⁽¹⁰¹⁾

公訴参加は、検察官によって起訴された刑事手続に、被害者等が参加するもの

である（395条以下）。具体的には、忌避、質問、異議申立て、証拠調べ請求、意見陳述等ができる（397条1項）。公訴参加の対象となるのは、刑法典では、性的自己決定に対する罪（174条以下）、謀殺及び故殺（211条以下）、遺棄（221条）、傷害（223条以下、340条）、人身の自由に対する罪（232条以下）等（刑訴法395条1項）のほか、侮辱（185条以下）、過失傷害（229条）、強盗（249条以下）等でも重大な結果などの特別な事情がある場合にはその対象となる（刑訴法395条3項）。特別法では、著作権法106条から108b条までのほか、特許法142条、実用新案法25条、半導体保護法10条、品種保護法39条、美術著作権法33条、不正競争防止法16条以下等が対象となっている（刑訴法395条1項6号）^{（102）}。

③ 親告罪（絶対的親告罪と条件付親告罪）〔Antragsdelikte〕^{（103）}

ドイツでも親告罪制度が採用されている。ドイツの親告罪には2種類ある。すなわち、①被害者等による告訴がなければ検察官が公訴を提起することができない「絶対的親告罪」と、②被害者等の告訴がない場合でも検察庁が刑事訴追に対する特別な公益を肯定することで職権による刑事訴追が可能な「条件付親告罪」である。絶対的親告罪の代表例として、刑法典では、住居侵入（123条）、名誉に対する罪（194条）、秘密に対する罪（205条）、家内親族内の窃盗等（247条）、密猟・密漁（294条）等があり、特別法では、美術著作権法33条のほか、連邦データ保護法44条、事業所組織法120条、有限会社法85条、商法333条等がある。条件付親告罪の代表例として、刑法典では、単純故意傷害・過失傷害（230条）、低価値物の窃盗等（248a条）、取引交渉における贈収賄（299条）、器物損壊等（303c条）等があり、特別法では、著作権法109条・106条から108条及び108b条のほか、商標法143条4項・1項等、デザイン法51条4項・1項等、特許法142条4項・1項、実用新案法25条4項・1項、半導体保護法10条4項・1項、品種保護法39条4項・1項、不正競争防止法17条以下等がある。

④ 授權犯罪〔Ermächtigungsdelikte〕

授權犯罪は、検察官が刑事訴追をするにあたり、首相・大統領・政府等の一定の権限者の授權を必要とするものである。授權犯罪の代表例としては、テロを含めた国家に脅威を与える重大な暴力の準備（89a条以下）、連邦大統領の誹謗（90条）、国家秘密の暴露（97条）、外交上の職務に対する背信（353a条）等がある。

⑤ 参考——付帯私訴〔Adhäsionsverfahren〕^{（104）}

被害者又はその相続人は、犯罪行為から生じた財産上の損害について、刑事手続に付帯して、被告人を相手に請求することができる（403条）。対象犯罪は限定されておらず、著作権等の知的財産の侵害の場合も対象となる。なお、著作権法 110 条 3 文は、没収よりも付帯私訴を優先する旨を定める。

（二） 起訴法定主義とその修正

ドイツでは、起訴法定主義が採用されており、検察官は、捜査の結果、公訴を提起するに足りる十分な理由があるときは、公訴を提起しなければならない（170 条 1 項）。

しかし、起訴便宜主義的な制度が、刑訴法 153 条以下に数多く導入されている。例えば、検察官は、軽罪について、責任が僅かで訴追に対する公益がない場合、裁判所の同意を得て手続を打ち切ることができる（153 条 1 項前段）。また、法定刑の下限が加重されていない軽罪について、犯罪結果が僅かな場合、手続打ち切りには裁判所の同意も不要である（同条 1 項後段）。公訴提起後は、裁判所が、上記と同じ条件で手続を打ち切ることができる（153 条 2 項）。さらに、軽罪について、一定の賦課事項・遵守事項を課すことで刑事訴追に対する公益が消滅する場合に、公訴提起前は検察官が裁判所及び被疑者の同意を得て、公訴提起後は裁判所が検察官及び被告人の同意を得て、手続を打ち切ることができる（153a 条）、などである。

公訴の提起を求める請求があった事件で、検察官が不起訴又は手続打ち切りをした場合、私人訴追犯罪の場合と 153 条以下の起訴便宜主義的な手続打ち切りの場合を除いて、裁判所に裁判を求める起訴強制手続がある（171 条以下）。

（三） 小括

以上をまとめると、次の図表のようになる。

【訴追者】	
検察官が訴追可能	
└ 職権犯罪	… 検察官
└ 私人訴追犯罪	… 被害者等、検察官（検察官：要「公益」、起訴強制なし）
└ 条件付親告罪	… 検察官（要「告訴」又は「特別な公益」）
└ 絶対的親告罪	… 検察官（要「告訴」）
+ 公訴参加	… 検察官公訴への参加
+ 付帯私訴	… 検察官公訴に付帯した刑事手続内の損害賠償請求

著作権法違反は、原則として、「告訴」又は「特別な公益」がなければ検察官の

職権訴追が認められない条件付親告罪である（著作権法 106 条から 108 条まで、108b 条）。また同時に、その大半が、「公益」が認められなければ検察官の職権訴追が認められない私人訴追犯罪である（著作権法 106 条から 108 条まで、108b 条 1 項及び 2 項）。しかも、私人訴追犯罪の原則的な前提条件である調停前置主義が排除されている（刑訴法 380 条を参照）。

他方で、純粋な職権犯罪（非親告罪かつ非私人訴追犯罪）として、特別な条件なく検察官の職権訴追が認められるのは、著作権法 108a 条の場合のみである。さらに、私人訴追犯罪である著作権法違反は起訴強制手続が認められず、また、軽微な事件で起訴便宜主義的に手続が打ち切られた場合も起訴強制手続が認められない（171 条）。このように、制度上は広い範囲で検察官による刑事訴追が制限されている。

公訴参加（刑事訴訟参加）は、すべての著作権法違反（著作権法 106 条から 108b 条まで）に関して認められる（刑訴法 395 条 1 項 6 号）。また、付帯私訴もすべての著作権法違反の場合に可能である（刑訴法 403 条を参照）。

これらのうち、特に条件付親告罪規定と私人訴追犯罪規定について、次の 2 以下で検討していく⁽¹⁰⁵⁾。

2 ドイツ著作権法における罰則の全体像⁽¹⁰⁶⁾

1965 年のドイツ著作権法の罰則には、条件付親告罪と非親告罪が存在する。まず、ドイツ著作権法における罰則の全体像を確認する。

（一）ドイツ著作権法における罰則の概観

ドイツ著作権法は、その第 4 編「著作権及び著作隣接権に関する共通規定」／第 2 章「権利の侵害」／第 2 節「刑罰規定及び過料規定」に罰則が置かれている。

第 106 条は、「著作権の保護を受ける著作物の不法な利用」として、著作物等を無断で複製・頒布・公衆再生した場合、3 年以下の自由刑又は罰金刑とし（1 項）、未遂も処罰する（2 項）。

第 107 条は、「著作者表示の不適法な付加」として、①造形美術の著作物の原作品に対して著作者表示を無断で付加した場合又はそれを頒布した場合、又は、②造形美術の著作物の複製物等に原作品と見せかける態様で著作権表示を付加した場合又はそれを頒布した場合、3 年以下の自由刑又は罰金刑とし（1 項）、未遂も処罰する（2 項）。

第 108 条は、「著作隣接権の不法な侵害」として、無断での、学術的刊行物等の複製・頒布・公衆再生、遺作著作物等の違法利用、写真等の複製・頒布・公衆再生、実演芸術家の実演の違法利用、レコードの違法利用、放送の違法利用、録画物又は音声付き録画物の違法利用、データベースの違法利用の場合、3 年以下の自由刑又は罰金刑とし（1 項）、未遂も処罰する（2 項）。

第 108a 条は、「業としての不法な利用」として、第 106 条から第 108 条までの場合において、行為者が「業として」[*gewerbsmäßig*] その行為を行うときは、その刑は、5 年以下の自由刑又は罰金刑とし（1 項）、未遂も処罰する（2 項）。

第 108b 条は、「技術的保護手段及び権利管理に必要とされる情報の不法な侵害」として、著作物等へのアクセス・使用を自己又は第三者に可能にする意図でコピープロテクト等を回避し、知情無権限で複製物等に付された権利管理情報を除去・改変し、又は権利管理情報が権限なく除去・改変された著作物等を頒布等し、若しくはそれにより著作権等の侵害を誘引等した場合等で、それらが私的使用にあたらな場合、1 年以下の自由刑又は罰金刑とする（1 項）。また、95a 条 3 項に違反して、装置等を「業的な目的で」[*zu gewerblichen Zwecken*] 製造・輸入・頒布・販売・賃貸した場合も、1 年以下の自由刑又は罰金刑とする（2 項）。さらに、第 1 項の場合において行為者の行為が「業として」[*gewerbsmäßig*] 行われるときは、その刑は、3 年以下の自由刑又は罰金刑とする（3 項）。

第 109 条は、「告訴」として、「第 106 条から第 108 条まで及び第 108b 条の場合、その行為は、告訴に基づいてのみ訴追される。ただし、刑事訴追当局が、その刑事訴追に対する特別な公益のために、職権による介入が必要である判断した場合は、この限りでない。」と規定する。この 109 条が〈条件付親告罪規定〉である。なお、109 条の文言では 108a 条は条件付親告罪の対象から外されており、通説は 108a 条は非親告罪であるとする。これに対して、108a 条は固有の犯罪構成要件ではなく、刑の加重のみを定めた規定であることなどを理由として、108a 条も条件付親告罪であるとする有力説⁽¹⁰⁷⁾ がある。

第 110 条は、107 条 1 項 2 号及び 108 条から 108b 条までに基づく犯罪行為に關する対象物の没収について定める。これらについて、付帯私訴が優先される（110 条 2 文）。

第 111 条は、有罪判決の公告を定める。

第111a条は、①95a条3項違反（技術的保護手段回避関連行為）、②95b条2項1文違反（合法アクセス手段供用義務違反）、③95d条2項1文違反（技術的保護手段説明明示義務違反）のうち一定の行為について、秩序違反〔Ordnungswidrigkeit〕として過料（①と②は5万ユーロ以下、③は1万ユーロ以下）を課す。

（二）ドイツ著作権法における罰則の特徴

ドイツ著作権法における罰則の特徴は、次のようにまとめられる。

第一に、罰則において原則となる法定刑が、ドイツ法は日本法よりも軽い。すなわち、著作権等侵害の基本犯罪類型について、日本法は10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科とする（119条1項）のに対して、ドイツ法は3年以下の自由刑又は罰金刑とする（106条～108条）。また、法定刑の上限が、ドイツ法は日本法よりも低い。すなわち、日本法は10年の懲役である（119条1項）のに対して、ドイツ法は5年である（108a条）。ただし、これらは構成要件の規定方法の違いにも起因する。すなわち、日本の基本犯罪類型自体が最も重い類型を定めているものであり、その例外が数多く定められている。そして、日本法には法定刑の上限が懲役1年であるもの（121条）や、罰金刑のみを定めるもの（120条、122条）も存在する。他方で、ドイツ法ではコピープロテクト回避の法定刑の上限が自由刑1年であり、法定刑の最下限は日本よりも高い。もっとも、これにも留意すべき点があり、日本法で罰金刑のみである出所明示義務違反（122条）は、ドイツ法ではそもそも罰則の対象に含まれていない。

第二に、日本法では「絶対的親告罪」規定が置かれている（123条1項）のに対して、ドイツ法では「条件付親告罪」規定が置かれている（109条）。

第三に、ドイツ法の各犯罪類型に対しては、原則として私人訴追制度が適用される（ドイツ刑法374条1項8号）が、108a条と108b条3項が除外されている点である。

第四に、ドイツ法には秩序違反による過料規定が存在し、108b条の刑罰の対象と一部重なり、かつ、親告罪に相当する規定が置かれていない点である。

3 条件付親告罪規定の沿革——絶対的親告罪から条件付親告罪と非親告罪へ⁽¹⁰⁸⁾

1794年のプロイセン一般ラント法典⁽¹⁰⁹⁾には、出版・著作等に関する親告罪規定は存在しなかったようである。また、1813年のバイエルン刑法典⁽¹¹⁰⁾にも、出

版・著作等に関する親告罪規定は存在しなかったようである。

1837 年のプロイセン著作権法⁽¹¹¹⁾で、明確な絶対的親告罪規定が採用された。第 15 条に親告罪規定が、第 16 条に告訴の撤回規定が置かれている。

プロイセン著作権法 第 15 条

Die gerichtliche Untersuchung der in den §§. 2. 3. 4. bezeichneten Vergehen ist nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag der Verletzten einzuleiten.

Will der Verleger der Schrift den Antrag machen, so kann dieses von dem Autor oder dessen Erben geschehen, in so fern dieselben noch ein von dem Verleger unabhängiges Interesse haben.

プロイセン著作権法 第 16 条

Nach einmal erfolgter Einleitung der Untersuchung kann die Zurücknahme des Antrags zwar in Beziehung auf die Entschädigung stattfinden, nicht aber in Beziehung auf die Konfiscation und Geldbuße.

1870 年の北ドイツ連邦著作権法⁽¹¹²⁾は、既にその中に絶対的親告罪規定が置かれていた (27 条)。同法は、その後すぐ 1871 年にライヒ法に引き継がれた。

1870 年北ドイツ連邦著作権法／ライヒ著作権法 第 27 条

Das gerichtliche Strafverfahren ist nicht von Amtswegen, sondern nur auf den Antrag des Verletzten einzuleiten. Der Antrag auf Bestrafung kann bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses zurückgenommen werden.

1876 年の絵画著作権法⁽¹¹³⁾ (16 条：1870 年著作権法の 18 条から 42 条までを準用) と 1876 年の写真保護法⁽¹¹⁴⁾ (9 条：1870 年著作権法の 18 条から 38 条、44 条、61 条 1 項を準用) においては、1870 年の著作権法の絶対的親告罪規定が準用されており、絶対的親告罪が存在していたことになる。

その後、1901 年の文学・音楽作品著作权法⁽¹¹⁵⁾ (45 条) にも、1907 年の造形芸術・写真作品著作权法⁽¹¹⁶⁾ (41 条) にも、絶対的親告罪規定が置かれていた。

1901 年文学・音楽作品著作权法 第 45 条

Die Strafverfolgung in den Fällen der §§. 38, 39, 44 tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

1907 年造形芸術・写真作品著作权法 第 41 条

Die Strafverfolgung in den Fällen der §§ 32, 33, 40 tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

ドイツの現行著作権法は、1965 年に成立したものである⁽¹¹⁷⁾。当初は、著作権法 106 条から 108 条まで（108a 条と 108b 条はまだ存在しない）が、〈絶対的親告罪〉として規定されていた（旧 109 条 1 文）。法案提出時の立法理由書には、当時の現行法（文学・音楽作品著作权法 45 条、造形芸術・絵画著作権法 41 条）から変更がない旨が述べられるのみである⁽¹¹⁸⁾。この著作権法では、立法当初は、告訴の撤回（取消し）条項も著作権法内に含まれていた（旧 109 条 2 文）。また、制定当初は、106 条から 108 条までの法定刑は「罰金刑又は 1 年以下の軽懲役刑」であった。

1974 年 3 月 2 日の刑法施行法⁽¹¹⁹⁾によって、告訴撤回規定が削除され（同法 144 条 2 号）、刑法 77d 条に組み込まれた。また、他の刑罰法規も含めた重懲役刑及び軽懲役刑の廃止と「自由刑」の創設に合わせて、法定刑が「1 年以下の自由刑又は罰金刑」に変更された（同法 144 条 1 号）。

1985 年 6 月 24 日の著作権法等一部改正法⁽¹²⁰⁾により、109 条が改正され、106 条から 108 条までが〈絶対的親告罪〉から〈条件付親告罪〉に変更された（同法 1 条 12 号）。また、同法により、106 条又は 108 条の行為を「業として」行った場合について、108a 条が導入され、法定刑が 5 年以下の自由刑又は罰金として加重されるとともに、〈非親告罪〉とされた（同法 1 条 11 号・12 号）。

1990 年 3 月 7 日の著作権保護強化及び海賊品対策法⁽¹²¹⁾によって、著作権法 106 条、107 条、108 条の法定刑が「1 年以下の自由刑又は罰金刑」から「3 年以下の自由刑又は罰金刑」に引き上げられるとともに、それぞれの第 2 項に未遂処罰規定が挿入された（同法 2 条 10 号）。また、108a 条の対象に 107 条が追加された（同法 2 条 11 号）。

2003 年 9 月 10 日の情報社会における著作権規制法⁽¹²²⁾によって、著作権法 108b 条が導入される（同法 1 条 38 号）とともに、109 条が改正されて 108b 条が条件付親告罪の対象とされた（同法 1 条 39 号）。なお、同法によって、108b 条と対象範囲が一部重なる著作権法 111a 条の秩序違反も導入されたが、111a 条には条件付親告罪・絶対的親告罪に相当する規定は置かれていない。

なお、2011 年の不正資金対策法⁽¹²³⁾によって、著作権法 106 条から 108b 条が、他の知的財産侵害罪とともに、資金洗浄罪の前提行為〔Vortat〕として取り込まれている（刑法 261 条 1 項 2 文 4 号 b：業として行われた場合又は継続的に実行するために結成された集団構成員による場合）。

以下で、条件付親告罪化・一部非親告罪化に特に関係するものを確認・検討する。なお、条件付親告罪化・一部非親告罪化が議論される以前については、歴史的考察として、本論文七で取り扱う。

4 原則としての「条件付親告罪」（109 条・106 条～108 条、108b 条）

（一）立法過程における条件付親告罪化・一部非親告罪化の趣旨

（1）1985 年著作権法等一部改正法の立法過程⁽¹²⁴⁾

著作権法の絶対的親告罪規定が条件付親告罪規定に変更された 1985 年 6 月 24 日の著作権法等一部改正⁽¹²⁵⁾の立法過程を確認する。

まず、1983 年 12 月 22 日に連邦議会に提出された政府案⁽¹²⁶⁾には、条件付親告罪への変更のみならず、そもそも刑罰規定に関するものが含まれていなかった。

条件付親告罪化が盛り込まれたのは、連邦議会議法務委員会による議論よってである。1985 年 5 月 17 日の「法務委員会の決議勧告及び報告」は、条件付親告罪化の理由を次のように述べる⁽¹²⁷⁾（なお、当時は、基本構成要件の法定刑が 1 年以下の自由刑又は罰金刑であった）。

政府案は刑罰規定を含んでいなかった。その規定は法務委員会によって初めて決定され、挿入された。それには進むべき方向が示されているだけでなく、実務の具体的な要請も考慮されている。

まさにいわゆる海賊版ビデオ〔Videopiraterie〕の増加を勘案すると、それに対して著作権の保護を改善する条項を追加しなかったならば、世間の理解は得られないことになろう。その上、海賊版書籍〔Raubdruck〕の分野でも、立法者は刑事制裁を厳罰化して介入しようとしているように見受けられる。

その際、一般的な犯罪化は意図されていないし、提案された法案でもそれは期待されていない。むしろ文言が既に明確に表現しているのは、ここで問題となるのは、業として行われる犯罪行為〔gewerbsmäßig kriminelles Verhalten〕への対策であるということである。その場合、非常に技術的な装置等が使用さ

れ、そして、それに見合った数のものが売りさばかれる。この分野で組織的・集团的犯罪が定着しようとしている。それに断固として対処しなければならない。

そして、実際に、5年以下の自由刑に引き上げられる刑罰も、業として行われた行為のみに対する法定刑とされている。基本構成要件については、改正は予定されていない。

この規定を通常の〔法定刑の〕段階的關係から外した——基本構成要件の法定刑の上限を1年、加重類型の法定刑の上限を5年とした——政府の熟慮は正当と認められなければならない。基本構成要件の法定刑の上限が1年の場合、通常は3年の自由刑を上限と想定する。しかし、まさにこのような明らかな違いが意図されている。そのため、代替案として考えられていた、再び通常の体系を維持するために基本構成要件に対して2年の自由刑の法定刑の上限を予定するという提案も受け入れられなかった。しかし、もしその提案によったとしたならば、まさに望んでいない単純無許可侵害行為の厳罰化につながっていたことだろう。

一方では私的な許可された複製と他方では業としての行為という幅の中で、両者の構成要件にはまさに典型的に大きな差があるため、それは法定刑においても提案されたような形で明確化されるべきである。通常の体系を常に維持する努力は十分に理解できるとしても、著しく外れた事情をその差違に従って著しく外れて規定することも、時には可能でなければならない。それと同時に、典型的な行動様式、含まれる数量、犯罪収益によって非常に大きく異なる現象もある諸事案に対して、必要であれば先例が生み出されなければならない。そしてまた、著作権法108a条の事案は、複製又は頒布の構成要件が著作権法108条の各号から他の条文へ取り出されることによって初めて生み出されたもの〔つまり、通常の体系を著しく外れた特別な先例〕と理解される。

以上で示された目的から、著作権法における業としての犯罪行為に対する非親告罪〔108a条〕の導入も、109条における告訴要件の緩和〔＝条件付親告罪規定〕の必要性ももたらされる。

引用した最終段落において、条件付親告罪化の理由が「以上で示された目的から」導かれることが述べられている。

しかし、ヴィネンによれば、ここで示された組織的に行われる海賊版ビデオ・海賊版書籍への対策という目的は、業として行われる著作権侵害行為に対して非親告罪である加重的犯罪構成要件（108a 条）を導入することの趣旨にはなりえても、それ以外の業として行われてはいない 106 条から 108 条までの犯罪類型を絶対的親告罪から条件付親告罪に変更することについての必要不可欠性を説明することはできない⁽¹²⁸⁾。

(2) 関連各法における条件付親告罪化・一部非親告罪化

著作権法における条件付親告罪化の趣旨は、関連する法律における立法動向から部分的にはあるが推測することができる。絶対的親告罪の条件付親告罪化はドイツ刑事法における 20 世紀後半の大きな流れである⁽¹²⁹⁾ とともに、著作権法における条件付親告罪化と相前後して比較的犯罪の性質に近い犯罪が条件付親告罪化されている。それは、① 1985 年 7 月 18 日の第 22 次刑法一部改正法⁽¹³⁰⁾ による器物損壊の絶対的親告罪からの条件付親告罪化（刑法 303 条旧 3 項；刑法現行 303c 条）、② 1986 年 5 月 15 日の第 2 次経済犯罪対策法⁽¹³¹⁾ による、②-1) 旧不正競争防止法における絶対的親告罪からの条件付親告罪化（旧不正競争防止法 22 条 1 項 2 文）と、②-2) データ改ざん（刑法 303a 条）及びコンピューター妨害（刑法 303b 条）の条件付親告罪としての新設（刑法 303c 条——1985 年 7 月改正による器物損壊の条件付親告罪規定とともに独立規定化）、②-3) 低価値事件のコンピューター詐欺（刑法 263a 条 2 項・263 条 4 項・248a 条）及び低価値事件のキャッシュカード及びクレジットカードの濫用（刑法 266b 条 2 項・248a 条）の条件付親告罪としての新設である。この第 22 次刑法一部改正法も第 2 次経済犯罪対策法も、その成立こそ著作権法改正に後れをとったものの、それぞれの法案は著作権法改正よりも前に連邦参議院に付されていた。さらに、③ 1990 年 3 月 7 日の知的財産保護強化及び海賊品対策法⁽¹³²⁾ による、旧商標法・旧旧意匠法・特許法・実用新案法・半導体保護法・品種保護法改正による条件付親告罪化（旧商標法を除いては絶対的親告罪からの条件付親告罪化）において、著作権法における条件付親告罪化の立法理由が引き合いに出されている⁽¹³³⁾。これらを以下で順に検討するが、特に著作権侵害に性質がより近い、①、②-1)、③を重点的に取り上げる。

① 器物損壊の条件付親告罪化——1985 年の第 22 次刑法一部改正法⁽¹³⁴⁾

1985 年 7 月 18 日の第 22 次刑法一部改正法 1 条によって、器物損壊（刑法 303

条）が、絶対的親告罪から条件付親告罪化された（同条3項）。その後、1986年5月15日の第2次経済犯罪対策法1条16号及び17号によって、条件付親告罪規定が303条3項から303c条に移動され、同法17号によって新設されたデータ改ざん（303a条）及びコンピューター妨害（303b条）とともに、統一規定の下に規定された。この条件付親告罪規定自体は現行303c条に引き継がれているが、2007年8月7日の第41次刑法一部改正法1条5号及び6号⁽¹³⁵⁾によって、データ改ざん（303b条）及びコンピューター妨害（303b条）の改正が行われ、その一部が非親告罪化されている（後述②-2を参照）。

第22次刑法一部改正法の法案は、連邦参議院における1982年4月13日（及び1983年5月5日）のバーデン・ヴュルテンベルク州の法案提出⁽¹³⁶⁾を機に、連邦参議院の議決を経て、連邦政府の意見が付された後、1983年8月18日に連邦議会に提出されたものである⁽¹³⁷⁾。法案の目的は、「器物損壊行為の訴追のための告訴要件〔絶対的親告罪規定〕の緩和」である⁽¹³⁸⁾。その解決策として、条件付親告罪化を提示し⁽¹³⁹⁾、器物損壊のうち「特に非難すべき事案」に対抗するとした⁽¹⁴⁰⁾。また、代替案として、「加重的事情、特に暴力的デモと関係して行われた器物損壊行為における告訴要件の放棄〔非親告罪化〕」を挙げた⁽¹⁴¹⁾。立法理由では、行為者やその周辺者による報復措置等を受けるとの不安から、告訴がないために処罰を免れる事案がまれではないこと、また同様の理由から告訴の撤回が起こりうることを指摘し、絶対的親告罪では、処罰に対する大きなリスクがなく、器物損壊の危険に結びついてしまうとする⁽¹⁴²⁾。この問題に対して、「効果的な刑事訴追という法治国家的要請」から、告訴要件の緩和という立法的措置によって対抗すべきとする⁽¹⁴³⁾。そして、解決策として加重的構成要件の非親告罪化よりも器物損壊全体の条件付親告罪化が選択される理由として、「一般的な刑事政策的考量」と特に「懸念される境界画定の困難性」から「可能な限り柔軟な規定」を優先すべきことを挙げる⁽¹⁴⁴⁾。

連邦政府は、連邦参議院による法案が連邦議会に提出されるにあたり、次のような理由から、法案を支持する見解を付した⁽¹⁴⁵⁾。器物損壊が純粹親告罪とされた元々の立法理由は、器物損壊の場合、行為者が通常は特定の被害者を狙うという人的関係の特徴があり、行為形態も日常的なもので重大ではないということであった⁽¹⁴⁶⁾。しかし、器物損壊でも行為者及び被害者の権利領域のみならず、一般市民

の権利領域にも接しているものが多くなっている⁽¹⁴⁷⁾。例えば、群衆（サッカー試合、ロック・コンサート）による「破壊行為」〔Vandalismus〕や「自動車を何台も損壊するような悪ふざけや承認欲求による器物損壊」が挙げられる⁽¹⁴⁸⁾。器物損壊はいわゆる路上犯罪に分類される犯罪であるため、「一般市民の安心感」は、それによって持続的に侵害される⁽¹⁴⁹⁾。他方で、「純粹に人間關係的で輕微な行為」の場合には、親告罪が維持されるべき〔つまり、全体としては条件付親告罪とすべき〕とした⁽¹⁵⁰⁾。

連邦議會では、第一読会において与党（CDU/CSU 及び FDP）の議員が器物損壊の条件付親告罪化に肯定的意見を述べ⁽¹⁵¹⁾、法案が法務委員会に付された。法務委員会は、1985 年 6 月 21 日に多数で法案の採択を勧告した⁽¹⁵²⁾。この法務委員会の多数意見（与党）では、特に群衆による危険な規模の器物損壊について告訴がない事案でも刑事訴追に対する「差し迫った公益」があり⁽¹⁵³⁾、条件付親告罪化はこのような問題への対処に「特化し、事実に適合した」規定であるとした⁽¹⁵⁴⁾。これに対して、野党（SPD 及び DIE GRÜNEN）の反対意見として、条件付親告罪化の事実上の必要性がなく、特に、多くの告訴権者が行為者及びその周辺者からの報復措置等をおそれて告訴を申し立てないという主張は実証されていないこと、改正で想定されている行為は非親告罪である騒乱罪（刑法 125 条）の対象となること、告訴権者に対する圧力は非親告罪である強要罪（刑法 240 条）又は脅迫罪（刑法 241 条）の対象となること、が述べられた⁽¹⁵⁵⁾。1985 年 6 月 28 日の第二読会でも、告訴を申し立てない事案が実務上多いかどうかが争われた⁽¹⁵⁶⁾が、同日中に、第三読会を経て連邦議會で法案が可決された⁽¹⁵⁷⁾。

この法案可決に対して、連邦参議院では、1985 年 7 月 3 日に、ブレーメン、ハンプルク、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン及びザールラントの各州が両院協議会の招集を求めたが、その理由は、行為者等による圧力を恐れての告訴申立ての差控えや撤回は多くないこと、法改正の意図する犯罪は非親告罪である他の犯罪構成要件（304 条、305 条）で対応可能であること、職権訴追は「市民の後見」的役割を担うものであり「個人の裁量の自由」を侵害して「刑法の平和化機能」という思想に反すること、司法機関の負担が増加することなどであった⁽¹⁵⁸⁾。しかし、1985 年 7 月 5 日に両院協議会の招集請求案が否決され、最終的に器物損壊を条件付親告罪化する法律が成立した⁽¹⁵⁹⁾。

以上の議論のうち、告訴申立ての差控えや撤回によって刑事訴追が行われないことによって抑止効果が十分でなくなるか否か、当該犯罪の絶対的親告罪規定の趣旨（器物損壊の場合は軽微性と人的関係の行為性（関係犯罪））の射程を超えるか否か、他の犯罪構成要件で捕捉可能であるか否か、境界画定の困難性による構成要件の細分化を回避する手段として柔軟な訴追規定で対応すべきか否かなどは、我が国の著作権等侵害罪の非親告罪化に関して参考にすべき、また、検討すべき点である。

これに対して、告訴申立ての差控えや撤回の原因が主に行行為者からの報復措置のおそれに力点を置いていること、職権による訴追を認めるべき場合について群衆による暴力的な器物損壊行為などを想定していること、市民の安心感を脅かすことなどは、著作権侵害では妥当しないか妥当しにくい点であり、両罪の差違に留意した検討が必要である。ただし、我が国での一部親告罪化の検討の際に組織犯罪対策を視野に入れる場合、報復措置のおそれも考慮に入れられることになる。

②-1）旧不正競争防止法における条件付親告罪化・一部非親告罪化——1986年の第2次経済犯罪対策法⁽¹⁶⁰⁾

1986年5月15日の第2次経済犯罪対策法4条6号bによって、旧不正競争防止法17条（営業・企業秘密の漏洩）、18条（ひな形の利用）及び20条（漏洩の唆し・申出）が、新たに22条1項2文が挿入されたことにより、絶対的親告罪（旧不正競争防止法22条1項1文を参照）から条件付親告罪化された⁽¹⁶¹⁾。同時に、第2次経済犯罪対策法4条6号aにより、同法4条1号による新規定の旧不正競争防止法6c条が、同法4条とともに非親告罪として規定された⁽¹⁶²⁾。この条件付親告罪規定は、現行不正競争防止法17条5項、18条3項及び19条4項に引き継がれている⁽¹⁶³⁾。

なお、この第2次経済犯罪対策法により旧不正競争防止法6c条が私人訴追制度の対象に追加され、非親告罪である4条、6c条、12条及び15条の罪とともに、条件付親告罪である17条、18条及び20条の罪が、刑訴法374条1項7号による私人訴追制度の対象となった⁽¹⁶⁴⁾。そして、それを引き継ぐ現行不正競争防止法においては、非親告罪である16条の罪とともに、条件付親告罪である17条、18条及び19条の罪が、私人訴追制度の対象とされている（刑訴法374条1項7号）。

この第2次経済犯罪対策法の立法過程において、1982年6月4日及び1983年4月8日の政府案⁽¹⁶⁵⁾では、条件付親告罪化の規定は存在しなかった。

不正競争防止法に条件付親告罪規定が盛り込まれたのは、連邦議会法務委員会の議論によってである。1986年2月19日の「法務委員会の決議勧告及び報告」は、一部非親告罪化（及び私人訴追犯罪の一部追加）と全体的な条件付親告罪化の理由を次のように述べる⁽¹⁶⁶⁾。

a) 段階的な顧客勧誘の特別な危険性に基づき、6c条は、これまでの4条と同様に、不正競争防止法に含まれる行為が告訴に基づいてのみ訴追されるという22条1項1文の規定から除外されるべきである。2項による私人訴追権限は、6c条による行為に拡張される。

b) 17条、18条及び20条の規定は、何よりも営業・企業秘密の侵害に対する企業の保護のためのものである。それゆえ、それらの規定は、これまで親告罪とされてきた。しかし、営業・企業秘密の保護は、まさに「ノウ・ハウ」の保全に常に大きく依拠している経済においては公益にもかなっており、また他方で被害を受けた企業が様々な理由から告訴を申し立てるのを躊躇することが珍しくはないことから、新22条1項2文は、行為は、刑事訴追官庁が刑事訴追に対する特別な公益のために職権による介入が必要であると判断した場合には、告訴がなくとも訴追されうる、ということを予定している。

ここで示されている条件付親告罪化の理由は、一方では、同規定が営業・企業秘密の保護のためのものであるために広義の親告罪を維持しつつ、他方で、①営業・企業秘密の保護には経済的観点から（刑事訴追に対する）公益があるにもかかわらず、②様々な理由から被害企業が告訴を差し控えてしまい刑事訴追ができなくなってしまっている、という実情である。

②-2) データ改ざん（刑法 303a 条）及びコンピューター妨害（刑法 303b 条）の条件付親告罪としての新設（刑法 303c 条）——1986年の第2次経済犯罪対策法⁽¹⁶⁷⁾

1986年5月15日の第2次経済犯罪対策法1条17号によって、データ改ざん（刑法）及びコンピューター妨害（刑法 303b 条）が新たに導入され、1985年の第22次刑法一部改正によって条件付親告罪化していた器物損壊の条件付親告罪規定（旧 303 条 3 項）が 303c 条に移動して独立し、303 条から 303b 条までの統一的な条件付親告罪規定とされた。この条件付親告罪規定自体は現行 303c 条に引き継がれているが、2007年8月7日の第41次刑法一部改正法（コンピューター犯罪対策）

1条5号及び6号⁽¹⁶⁸⁾によって、データ改ざんの予備（303b条3項・202c条）、コンピューター妨害の予備（303b条・202c条）と特に重い事案（303b条4項）が独立して規定され、非親告罪化されている（第41次刑法一部改正法1条7号）。

この第2次経済犯罪対策法の立法過程において、1982年6月4日及び1983年4月8日の政府案⁽¹⁶⁹⁾では、303c条に関する条件付親告罪規定の改正は含まれていなかった。

303c条の条件付親告罪規定が盛り込まれたのは、連邦議会法務委員会の議論によってである。1986年2月19日の「法務委員会の決議勧告及び報告」は、303c条の統一的な条件付親告罪規定の導入の理由を次のように述べる⁽¹⁷⁰⁾。

従来の刑法303条と同様に、刑法303a条及び303b条は、原則として親告罪として規定される。例外的に、特別な公益がある場合には、刑事手続が告訴がなくとも遂行されうる。委員会は、刑法303条から303b条までに対する規制の同一性〔Identität der Regelung〕から、この規定が引き続き刑法新303c条に採用されるべきと考えた（類似のものとして、刑法205条〔私的な生活領域及び秘密領域に対する侵害に関する親告罪規定〕を参照）。それに加えて、刑法303条3項の削除は、その結果による改正である。

ここでは、「規制の同一性」としか述べられておらず、参考になる点が乏しい。

②-3）低価値事件のコンピューター詐欺（刑法263a条2項・263条4項・248a条）及びキャッシュカード・クレジットカード濫用（刑法266b条2項・248a条）の条件付親告罪としての新設——1986年の第2次経済犯罪対策法⁽¹⁷¹⁾

1986年5月15日の第2次経済犯罪対策法1条9号によって、低価値事件のコンピューター詐欺（刑法263a条）が新たに導入され、同罪は条件付親告罪とされた（刑法263a条2項・263条4項・248a条）。また、同じく第2次経済犯罪対策法1条11号によって、低価値事件のキャッシュカード・クレジットカード濫用（刑法266b条）が新たに導入され、同罪は条件付親告罪とされた（刑法266b条2項・248a条）。両者の条件付親告罪準用規定は現行法にも引き継がれているが、低価値事件のコンピュータ詐欺については、2003年12月22日の第35次刑法一部改正法1条10号⁽¹⁷²⁾によって、コンピューター詐欺の予備罪（263a条3項、なお4項）が非親告罪として新設された。

この第2次経済犯罪対策法の立法過程において、1982年6月4日及び1983年4月8日の政府案⁽¹⁷³⁾では、低価値事件のコンピューター詐欺の条件付親告罪規定（刑法263a条2項・263条4項・248a条）は盛り込まれていたが、低価値事件のキャッシュカード・クレジットカード濫用（刑法266b条）はその構成要件が含まれていなかった。また、この政府案では、コンピューター詐欺における加重構成要件の準用規定の理由は述べられているが、条件付親告罪とする理由は述べられていない⁽¹⁷⁴⁾。

1986年2月19日の連邦議会「法務委員会の決議勧告及び報告」は、コンピューター詐欺における条件付親告罪規定の準用規定を、特に理由を述べずに、原案どおり引き継ぐとする⁽¹⁷⁵⁾。キャッシュカード・クレジットカード濫用（刑法266b条）及びそれに対する条件付親告罪規定の準用規定は、この連邦議会法務委員会で新たに挿入されたが、条件付親告罪とする結論のみが述べられており、その理由は述べられていない⁽¹⁷⁶⁾。

③ 旧商標法改正・旧旧意匠法・特許法・実用新案法・半導体保護法・品種保護法による条件付親告罪化・一部非親告罪化——1990年の知的財産保護強化及び海賊品対策法⁽¹⁷⁷⁾

1990年3月7日の知的財産保護強化及び海賊品対策法によって、(a) 旧商標法、(b) 旧旧意匠法（現在はデザイン法）、(c) 特許法、(d) 実用新案法、(e) 半導体保護法及び (f) 品種保護法に条件付親告罪が導入された。このうち、旧商標法が非親告罪からの条件付親告罪化である以外は、すべて絶対的親告罪からの条件付親告罪化であった。まず、各法律における改正前後の規定の変化を確認し、その後に共通の改正理由を確認・検討する。

(a) 旧商標法⁽¹⁷⁸⁾

1990年改正前の旧商標法においては、故意の商標侵害（25条3項、6月以上の自由刑又は罰金刑）は非親告罪であり、親告罪規定は存在していなかった⁽¹⁷⁹⁾。

1990年改正法1条2号によって新たに挿入された25d条4項は、同じく新たに挿入された商標等の違法表示又はそのように表示された商品の流通・販売（25d条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法定刑の引上げ）を条件付親告罪とした。同時に、1990年改正法1条2号は、業として行われた場合（25d条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑）を新たに挿入し、非親告罪とした（25d条4項による指示

がない）。

この条件付親告罪規定は、1994年の商標法143条4項・1項（商標の違法使用・侵害等）（及び1a項——削除）、143a条2項・143条4項準用（共同商標の侵害）に引き継がれている。また、業として行われた場合等（143条2項及び143a条2項・143条2項準用、3月以上5年以下の自由刑）は、現在も非親告罪である（143条4項による指示がない）。

（b）旧旧意匠法（現デザイン法）^{（180）}

1990年改正前の旧旧意匠法においては、頒布目的でのひな形等の複製品の無権限製造とそのように製造された複製品の頒布（14条1項、1年以下の自由刑又は罰金刑）が〈絶対的親告罪〉とされていた（1990年改正前14条2項）^{（181）}。

1990年改正法3条3号によって新たに挿入された旧旧意匠法14条4項は、頒布目的でのひな形等の複製品の無権限製造とそのように製造された複製品の頒布（14条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法定刑の引上げ）を〈条件付親告罪〉とした。同時に、1990年改正法3条3号は、業として行われた場合（14条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑）を新たに挿入し、非親告罪とした（14条4項による指示がない）。

この条件付親告罪規定は、2004年の旧意匠法51条4項・1項（無断使用）及び65条2項・51条4項準用（共有意匠の侵害）を経て、2014年のデザイン法51条4項・1項（無断使用）及び65条2項・51条4項準用（共有意匠の侵害）に引き継がれている。また、業として行われた場合等（51条2項及び65条2項・51条2項準用、5年以下の自由刑又は罰金刑）は、現在も非親告罪である（51条4項による指示がない）。

（c）特許法^{（182）}

1990年改正前の特許法においては、特許権者の同意なく特許の対象となる製品を製造・提供・流通・使用し、又はそれらの目的での輸入・所持すること等（142条1項、1年以下の自由刑又は罰金刑）が、〈絶対的親告罪〉とされていた（1990年改正前142条2項）。

1990年改正法4条2号によって新たに挿入された特許法142条4項は、特許権者の同意なく特許の対象となる製品を製造・提供・流通・使用し、又はそれらの目的での輸入・所持すること等（142条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法

定刑の引上げ)を〈条件付親告罪〉とした。同時に、1990年改正法4条3号は、業として行われた場合(142条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑)を新たに挿入し、非親告罪とした(142条4項による指示がない)。

この条件付親告罪規定と非親告罪規定は、その後の法改正を経ても、現在まで維持されている。

(d) 実用新案法⁽¹⁸³⁾

1990年改正前の実用新案法においては、実用新案権者の同意なく実用新案の対象となる製品を製造・提供・流通・使用し、又はそれらの目的での輸入・所持すること等(25条1項、1年以下の自由刑又は罰金刑)が、〈絶対的親告罪〉とされていた(1990年改正前25条2項)。

1990年改正法5条10号によって新たに挿入された実用新案法25条4項は、実用新案権者の同意なく実用新案の対象となる製品を製造・提供・流通・使用し、又はそれらの目的での輸入・所持すること等(25条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法定刑の引上げ)を〈条件付親告罪〉とした。同時に、1990年改正法5条10号は、業として行われた場合(25条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑)を新たに挿入し、非親告罪とした(25条4項による指示がない)。

この条件付親告罪規定と非親告罪規定は、その後の法改正を経ても、現在まで維持されている。

(e) 半導体保護法⁽¹⁸⁴⁾

1990年改正前の半導体保護法においては、回路配置〔Topographie〕の模造等(10条1項、1年以下の自由刑又は罰金)が、〈絶対的親告罪〉とされていた(1990年改正前10条2項)。

1990年改正法6条3号によって新たに挿入された半導体保護法10条4項は、回路配置の模造等(10条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法定刑の引上げ)を〈条件付親告罪〉とした。同時に、1990年改正法6条3号は、業として行われた場合(10条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑)を新たに挿入し、非親告罪とした(10条4項による指示がない)。

この条件付親告罪規定と非親告罪規定は、その後の法改正を経ても、現在まで維持されている。

(f) 品種保護法⁽¹⁸⁵⁾

1990年改正前の品種保護法においては、無権限で違法に種等を流通させ又は生産する等の行為（39条1項、1年以下の自由刑又は罰金）が、〈絶対的親告罪〉とされていた（1990年改正前39条2項）。

1990年改正法7条7号によって新たに挿入された品種保護法39条4項は、無権限で違法に種等を流通させ又は生産する等の行為（39条1項、3年以下の自由刑又は罰金刑——法定刑の引上げ）を〈条件付親告罪〉とした。同時に、1990年改正法7条7号は、業として行われた場合（39条2項、5年以下の自由刑又は罰金刑）を新たに挿入し、非親告罪とした（39条4項による指示がない）。

この条件付親告罪規定と非親告罪規定は、その後の法改正を経ても、現在まで維持されている。

（g）著作権法

著作権法の条件付親告罪規定と非親告罪規定は、1985年改正によって既に整備されていたため、新たな変更は加えられていない。

罰則に関しては、前述のとおり、著作権法106条、107条、108条の法定刑が「1年以下の自由刑又は罰金刑」から「3年以下の自由刑又は罰金刑」に引き上げられるとともに、それぞれの第2項に未遂処罰規定が挿入された（1990年改正法2条10号）。また、108a条の対象に107条が追加された（同法2条11号）。

（h）共通の立法・改正理由

1990年の知的財産保護強化法及び海賊版対策法では、上記の7種類の知的財産関連法の刑罰規定等に関して、業としての権利侵害に対する加重構成要件の導入、未遂処罰規定の導入、加重的構成要件の非親告罪としての規定とその他の構成要件の条件付親告罪化、基本構成要件に対する私人訴追制度の維持（刑訴法374条以下）、知的財産侵害（新規導入の加重構成要件を含む）に対する公訴参加制度の維持（刑訴法395条以下）、経済刑事部〔Wirtschaftsstrafkammer〕による管轄の拡大（裁判所構成法74c条1項1号）が共通して行われ、著作権法に関しては先行して法改正されたものが維持されている。そして、同法案に付された立法理由においては、それらの立法・改正理由が、各法律に共通するものとして、著作権法をも引き合いに出しつつ、まとめて述べられる⁽¹⁸⁶⁾。

まず、立法理由の「A. 総論」の「I. 法案の目的及び本質的内容」は、次のように述べる⁽¹⁸⁷⁾。ただし、この箇所では、加重構成要件の非親告罪としての規定は

言及されているが、その他の基本構成要件等における条件付親告罪化は言及されていない。

法案の目的は、知的財産領域における権利侵害の訴追及び処罰についての法律の諸規定を改善することである。それによって、法案は——権利が侵害された場合の法的手段の改善によって総体的に——、特に、かなり以前から継続して増加傾向にある計画的で意図的な大量に行われている一般に「海賊版」[Produktpiraterie] といわれている権利侵害に対する迅速で効果的な対策のための前提条件を整えることにもなる。

1. これについて、法案は、条項法 [Artikelgesetz] の形で、〔旧〕商標法、著作権法、〔旧旧〕意匠法、特許法、実用新案法、半導体保護法、品種保護法で、基本的に同じ内容の変更を予定している。

—— 刑事制裁の可能性の強化：

単純権利侵害における法定刑が3年以下の自由刑又は罰金刑に引き上げられる；特に、いわゆる海賊版にかかわる業としての権利侵害に対する一つの新たな予定された加重構成要件は、5年以下の自由刑又は罰金刑に強化される；未遂処罰規定が導入される；加重的権利侵害が非親告罪として規定される。

次に、「B. 法案の基本原則」は、同旨のことをより簡略に次のように述べる⁽¹⁸⁸⁾。

法案は、知的財産を保護するための各法律に、基本的にほぼ同じ内容の規定を補充する。〔旧〕商標法（1条）、著作権法（2条）、〔旧旧〕意匠法（3条）、特許法（4条）、実用新案法（5条）、半導体保護法（6条）、品種保護法（7条）に、以下のものが挿入される。

—— 改善された刑罰規定（B. I.）

そして、「I. 刑事法上の諸規定」は、「1. 処罰枠組みの拡大」、「2. 未遂の可罰性の導入」、「3. 告訴要件／非親告罪」、「4. 単純権利侵害（基本犯罪）に対する私人訴追の維持」、「5. 公訴参加権限の維持」を挙げる⁽¹⁸⁹⁾。そのうち、「3. 告訴要件／非親告罪」〔Strafantragserfordernis/Offizialdelikt〕は、次のように述べる⁽¹⁹⁰⁾。

単純権利侵害（基本犯罪類型）の場合における告訴要件は、現行法で既に定められている範囲で維持され、また、〔旧〕商標法において新たに導入される。

もつとも、それと同時に、刑事訴追に対する特別な公益を釈明する機会が刑事訴追官庁に認められる。加重権利侵害は、非親告罪として規定される。

- a) 知的財産を保護する各法律の罰則は、第一に、同意のない権利利用に対して権利者を保護するためのものである。したがって、それらの罰則は、これまで、〔旧〕商標法による犯罪と著作権法 108a 条による加重著作権侵害という例外がありつつも、親告罪として規定されてきた。

しかし、知的財産権の保護は、まさに技術革新を指向する経済においては、公益のためのものでもある。被害を受けた企業が非常に様々な理由から時たま告訴を申し立てるのを躊躇することから、行為が、刑事訴追官庁が刑事訴追に対する特別な公益を肯定した場合に、告訴がなくても訴追することができるという可能性が認められるべきである。すなわち、海賊行為によって被害を受けた企業が、オリジナルの品物に加えて海賊品も販売している重要な顧客に対して、その顧客を失う危険を冒して告訴を申し立てるか、それとも、権利の防衛を断念するか、というジレンマに陥ることはまれではない。さらに、広範囲にわたる捜査手続において、被害を受けた権利者に適切な期間内に到達することが常に可能とは限らず、特に権利者が外国にいる場合にはそれができない。そのような場合、現行法によれば、権利侵害が存在することが確認された場合であったとしても、刑事訴追は打ち切れ、押収された海賊品は返還されなければならない。

- b) したがって、法案は、著作権法による告訴についての規定（109 条）に倣って（1985 年改正法によりその規定がその箇所に挿入されたように）、基本犯罪類型について、こんにちでは普通となっている形に修正された告訴要件〔＝条件付親告罪規定〕を全ての権利に対して同じ形で導入することを予定している。
- c) これに対して、加重犯罪類型である業としての権利侵害〔*gewerbsmäßige Schutzrechtsverletzung*〕は、非親告罪として規定される。この場合、引き上げられた違法の程度及び責任の程度に基づくのみでも、さらにこの場合に通常生じる国民経済に対する大きな損害に基づいても、刑事訴追に対する公益が存在する。したがって、法案は、その限りで、業的権利〔*gewerbliches Schutzrecht*〕についても、1985 年の著作権法改正によ

る著作権に対する規定に倣っている。

以上から、知的財産関連法における条件付親告罪化の理由は、(A)〈知的財産権者の保護〉という〈私的利益の保護〉の観点から親告罪としておく意義がある一方で、(B) 知的財産権の保護のもつ〈経済的観点での公益性〉をも考慮して、〈刑事訴追に対する特別な公益〉が認められる場合に、告訴がなくとも起訴する可能性を開くことにある。そして、特別な公益がありつつも告訴が申し立てられない事案の代表例として、①被害企業の顧客が権利侵害者であるために告訴申立てを躊躇する場合と、②権利侵害が広範囲であるために捜査による権利者への到達が困難場合が挙げられる。これらの理由・背景に基づいて、条件付親告罪規定が、明示的に〈1985 年の著作権法改正に倣って〉導入されている。したがって、立法理由のレベルにおいては、著作権法における条件付親告罪化も、原則としてこれらと同様の理由・背景に基づくと考えるべきことになる。

(二) 条件付親告罪規定の趣旨に関する現在の学説

現在公開されている著作権法に関する注釈書等のうちで参照できたものでは、条件付親告罪規定が置かれている理由が触れられていない⁽¹⁹¹⁾。

なお、かつて絶対的親告罪であった時代には、軽微性や被害者等の秘密の保持という親告罪制度の趣旨が当てはまらない場合があるとして、絶対的親告罪規定の削除や私人訴追犯罪からの除外を主張する見解⁽¹⁹²⁾もあった。

5 「業的な目的で」及び「業として」の意義——非親告罪としての業的著作権等侵害、条件付親告罪としての業的コピープロテクト回避等

ドイツ著作権法では、「業として」行われた著作権等侵害は、原則として非親告罪とされている（条件付親告罪規定である 109 条は、108a 条を指示していない）。他方で、業的な目的で〔zu gewerblichen Zwecken〕のコピープロテクト回避装置等の製造等（108b 条 2 項）及び業として〔gewerbsmäßig〕のコピープロテクト回避（108b 条 3 項）は、条件付親告罪とされている（109 条本文）。ここでは、「業的な」及び「業として」の概念を確認するとともに、「業として」の場合でも条件付親告罪とされるものがある理由について確認する。

(一) 「業として」の概念（108a 条）⁽¹⁹³⁾

「業として」〔gewerbsmäßig〕とは、判例・通説的理解によれば、反復的な行為により、ある程度の期間及びある程度の規模をもって、継続的な収入源を得よう

とする場合をいう⁽¹⁹⁴⁾。

具体的には⁽¹⁹⁵⁾、職業上の業務〔Gewerbebetrieb〕の枠組みの中での単独での無断使用では該当しない⁽¹⁹⁶⁾。行為者が犯罪的な職業に従事している必要はない。行為者が部屋を賃借し、自分の身元を隠すために暗号を利用していたのであれば該当する⁽¹⁹⁷⁾。また、既に複数の犯罪行為が行われたかどうかは重要ではなく、初回の行為の実行及び計画から、反復的な行為により継続的な収入源を得る目的を推論することも可能である⁽¹⁹⁸⁾。ただし、個別事件での判断が必要であり、初回の一回限りのソフトウェア複製等について、別の業としての著作権侵害を理由に、「業として」行われたとすることはできない⁽¹⁹⁹⁾。106条から108条までの行為は、主たる収入源である必要はなく、単なる副業でも該当しうる⁽²⁰⁰⁾が、非常に僅かな副収入の場合は、「ある程度の規模」がないため、該当しない。利得欲求〔Gewinnsucht〕は必要ではない⁽²⁰¹⁾。製造された複製品が売却されることになることも必要なく、自分自身のための直接的な使用であっても該当しうる。行為者が第三者を介しての間接的な金銭上の利益を期待することでも該当しうる⁽²⁰²⁾。

（二）「業的な目的で」のコピープロテクト回避装置等の製造等（108b条2項）、
「業として」のコピープロテクト回避（108b条3項）

「業的な目的で」〔zu gewerblichen Zwecken〕という概念は、アクセス制御手段・装置による保護への業としての侵害を禁止しているアクセス制御手段保護法⁽²⁰³⁾3条1号の「zu gewerbmäßigen Zwecken」から借用して導入されたものである⁽²⁰⁴⁾。アクセス制御手段保護法の「業として」の目的には、同法の立法理由書によれば、収入を得るための持続的な活動であることが必要である⁽²⁰⁵⁾。

著作権法108b条2項とアクセス制御手段保護法3条1号とで文言が異なる理由は明らかではない。しかし、著作権法108b条2項の〈gewerblicher Zweck〉と同条3項の〈gewerbsmäßiges Handeln〉の概念は、同じものと理解すべきとする見解⁽²⁰⁶⁾が通説となっている。

「業として」の行為であるにもかかわらず、条件付親告罪である理由は、立法資料・文献等からは明らかにできなかった⁽²⁰⁷⁾。しかし、108a条の法定刑の上限が5年であるのに対して、108b条2項は1年、108b条3項は3年であり、この点が差違をもたらした理由の一つと推測される。

6 条件付親告罪における「刑事訴追に対する特別な公益」による例外的起訴 ——知的財産法違反に特化した準則(刑事手続・過料手続指針 261a号)⁽²⁰⁸⁾

著作権法等の知的財産権に関する法律における条件付親告罪については、その「刑事訴追に対する特別な公益」について、刑事手続・過料手続指針 261a 号に、次のような具体的な規定が置かれている（なお、不正競争防止法については、刑事手続・過料手続指針 260a 号に具体的な規定が置かれている）。この規定は、1991 年に導入されたものである⁽²⁰⁹⁾。

第 261a 号 刑事訴追に対する特別な公益

刑事訴追に対する特別な公益（特許法 142 条 4 項、実用新案法 25 条 4 項、半導体保護法 10 条 4 項、品種保護法 39 条 4 項、商標法 143 条 4 項、意匠法〔原文ママ〕51 条 4 項、65 条 2 項、著作権法 109 条）が想定されなければならないのは、特に、行為者に関連前科があり、甚大な損害のおそれがあり若しくは生じ、行為が被害者をその経済的生存において脅かし、又は公共の安全または消費者の健康が危険にさらされる場合である。

著作権法 106 条以下で想定されている保護法益を超えた事情は、特別な公益を肯定する判断材料とされない（例えば、学術的剽窃における行為者の公的地位）。その場合に問題となるのは、職業上の地位そのものではなく、そのような職業上の地位を濫用していることなどである⁽²¹⁰⁾。

特別な公益は、著作権法 109 条における原則例外関係を維持するために、特別な例外的な場合にのみ肯定されるべきであるとされている⁽²¹¹⁾。

7 私人訴追制度における例外的な検察官訴追——前提条件としての「公益」概念

（一）「私人訴追」犯罪であることの意味

（1）検察官訴追の条件としての「公益」（刑訴法 376 条）

刑訴法 374 条 1 項 8 号によれば、著作権法 106 条から 108 条まで、108b 条 1 項及び 2 項は、私人訴追制度の対象となる。私人訴追犯罪は、検察官訴追も私人訴追も可能であるという犯罪では〈ない〉。私人訴追犯罪は、前述のとおり、原則として、検察官訴追が排除され、私人訴追のみが認められる。検察官による訴追が可能となるのは、刑事訴追に対する「公益」が肯定される場合のみである（刑訴法 376 条）。なお、著作権法領域の私人訴追制度と条件付親告罪制度は、経済競争関係に

ある被疑者に誤って介入するリスクがある軽微事犯における刑事訴追機関の負担軽減が目的であるとする見解がある⁽²¹²⁾。

(2) 私人訴追犯罪における「公益」認定の一般準則（刑事手続・過料手続指針 86 号）

この「公益」の認定については、検察官の事務取扱準則である刑事手続・過料手続指針に、具体的な規定が置かれている。私人訴追事件における「公益」認定のための一般的な準則を定めているのは、刑事手続・過料手続指針 86 号（総則／第 1 章 起訴前手続／第 15 節 私人訴追事件における公益）である⁽²¹³⁾。

第 86 号 総則

(1) 検察官は、私人訴追によって訴追されうる犯罪行為を認知し次第、職権による訴追に対する公益が存在するか否かを確認する。

(2) 公益が原則として存在することとなるのは、被害者の生活領域を超えて法的平和が乱され、かつ、刑事訴追が公衆の目下の関心事である場合であり、それは、例えば、権利侵害の程度によるもの、又は行為の粗暴性若しくは危険性、人種差別的、排外的若しくはその他の人間蔑視的な行為者の動機若しくは公共生活における被害者の立場によるものである。法的平和が被害者の生活領域を超えて乱されていない場合において、被害者にその行為者との個人的関係のために私人訴追を提起することを要求することができず、かつ、刑事訴追が公衆の目下の関心事であるときにも、公益は存在しうる。

(3) 検察官は、公益が存在するかに関して、捜査を行うことができる。

(3) 著作権法等の知的財産法における「公益」認定に関する特別規定（刑事手続・過料手続指針 261 号）

著作権法等の知的財産法における「公益」認定に関しては、刑事手続・過料手続指針に特別規定が置かれている。次に掲げる刑事手続・過料手続指針 261 号は、直接的には、軽微犯罪等に対する刑事訴訟法における一般の手続打ちりの条件のひとつである「公益」の不存在（刑訴法 153 条、153a 条）に関する規定である⁽²¹⁴⁾。しかし、私人訴追犯罪における検察官訴追の条件である「公益」の存在（刑訴法 376 条）に関する判断にも適用しうる⁽²¹⁵⁾。

第 261 号 刑事訴追に対する公益

知的財産権侵害（特許法 142 条 1 項、実用新案法 25 条 1 項、半導体保護法 10 条 1 項、品種保護法 39 条 1 項、商標法 143 条 1 項、143a 条及び 144 条

1 項及び 2 項、デザイン法 51 条 1 項及び 65 条 1 項、著作権法 106 条ないし 108 条及び 108b 条並びに造形芸術及び写真作品の著作権に関する法律 33 条)の刑事訴追に対する公益は、単に些細な保護権侵害が問題となっているのではない場合 [wenn eine nicht nur geringfügige Schutzrechtsverletzung vorliegt]、原則として肯定されなければならない。その際、考慮されなければならないのは、特に保護権侵害の程度 [Ausmaß]、生じた又は脅かされた経済的損害並びに行為者が求めた利益である。

この規定は 1991 年に以下の規定から改正 (列举事由への積極的該当要件から、単に些細な権利侵害が問題となっているのではないという消極的かつ限定的な該当要件へ変更) されており⁽²¹⁶⁾、1991 年以降はそれ以前に比べて、「公益」が認定されやすくなったとされる⁽²¹⁷⁾。

第 261 号 (1991 年改正前)

刑事訴追に対する公益が通常は想定されるのは、行為者が作品又は業績を模倣し、複数の見本又はひな形を模造し又は流通させ、他人の名前又は称号を使用し、作品全体又は業績全体を複製し、又は私腹を肥やす目的で実行した場合である。公益は、複数の違法に製造された又は輸入された複製品を故意に流通させた場合にも、通常は存在する。

このほか、判例によれば、刑事訴追が同種犯罪防止や犯罪学的背景の解明のために必要であるような異常な行為結果が生じた場合、犯罪一般予防的理由から行為の訴追が必要となりうる⁽²¹⁸⁾。また、犯罪行為からその発覚までの時間の経過によって、刑事訴追に対する公益が減少しうる⁽²¹⁹⁾とされている。

ただし、1991 年改正後の規定によっても、軽微なものを数多く行った場合に刑事訴追のための公益を基礎付けうるか否かは不明確であり、インターネット上の映画や音楽等のダウンロードについて、どの程度の数であれば些細なものにとどまるのか、実務上の適切な規準が必要とされている⁽²²⁰⁾。

なお、実務においては、被害者に対して私人訴追手続の指示をしなくてもよいようにするために、公益が肯定されることがよくある⁽²²¹⁾。

(二) 私人訴追犯罪のための「調停前置主義」の不適用 (刑訴法 380 条参照)

私人訴追犯罪は、原則として、調停前置主義がとられている (刑訴法 380 条)。調停前置主義は裁判外の紛争解決をもたらすことが目的であるが、司法の負担を軽

減し、非犯罪化をもたらす効果がある⁽²²²⁾。

しかし、著作権法をはじめとする知的財産法領域の犯罪には、この調停前置主義が適用されない（刑法法 380 条を参照）。その理由は不明であるが、この調停前置主義が当初は侮辱罪のみが対象であったものが、その後に範囲が広がられたことに起因するようである⁽²²³⁾。

〔未完〕

※ 本論文の内容に訂正・補遺等がある場合は、黒澤睦「黒澤睦のホームページ」〈<http://www.aurora.dti.ne.jp/~mutsumi/>〉内で公開する。

〔謝辞〕 本論文は、JSPS 科研費・若手研究（B）JP26780043「条件付親告罪制度からみた刑事訴追に対する公益と犯罪被害者の権利の限界」による研究の成果の一部である。

注

- (1) 本論文は、「第 13 回在独若手刑事法研究会」（2016 年 8 月 6 日、ケルン大学）での報告原稿を、そこでの議論を踏まえて加筆・修正したものである。また、明治大学法学部の同僚である金子敏哉氏には、本論文の原稿に目を通していただき、多大なるご助言とご助力を賜った。ここに記して心から感謝申し上げたい。なお、本論文に誤り等がある場合、筆者である黒澤がその責めを負う。
- (2) この研究テーマの成果の一部として、拙稿「ドイツの性犯罪における条件付親告罪規定——我が国の性犯罪は非親告罪化するしか道はないのか——」法律論叢 88 巻 6 号（2016 年）51 頁以下、また、スイス法も含めて考察したものとして、同「スイス刑事訴訟法・少年刑事訴訟法における親告罪和解協議召喚制度——損害回復協議勧奨制度及び少年刑事調停制度との比較も踏まえた修復的司法としての親告罪論——」法学新報 123 巻 9・10 号（椎橋隆幸先生退職記念論文集）（2017 年）掲載頁未定を参照。この研究テーマの直接的な背景をなす着想について、拙稿「ドイツにおける条件付親告罪の構造と問題点」法律論叢 77 巻 4・5 合併号（菊田幸一教授古稀記念論文集）（2005 年）59 頁以下、同「犯罪被害者と刑事司法過程との関係のあり方——告訴・親告罪制度を参考にして——」被害者学研究 19 号（2009 年）50 頁以下、同「いわゆる告訴権の濫用とその法的対応論序説」『明治大学法学部創立百三十周年記念論文集』（明治大学法学部、2011 年）169 頁以下を参照。
- (3) 金子敏哉「著作権侵害と刑事罰—現状と課題—」法とコンピュータ 31 号（2013 年）100 頁以下、国立国会図書館調査立法考査局編『帝国議会における著作権法改正審議概要』（国立国会図書館調査立法考査局、1950 年）1 頁以下、著作権法百年史編集委員会編著『著作権法百年史』（著作権情報センター、2000 年）39 頁以下及び 304 頁以下、長野伝蔵編著『わが国著作権法制の沿革』（著作権資料協会、1968 年）等を参照。また、著作権法等の改正履歴等について、国立国会図書館「日本法令索引」〈<http://hourei.ndl.go.jp/>〉のほか、貞廣知行「著

作権法の改正」〈<http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/c.htm>〉(最終更新:2016年5月28日)及び同「産業財産権法の制定・改正」〈<http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/index.htm>〉(最終更新2016年10月2日)を参照。

- (4) 出版条例(明治2年5月13日行政官達)。出版条例及び明治初期の出版・版權・著作権法制について、大家重夫「明治二年五月十三日出版条例制定の背景——旧慣は引き継がれたか」森泉章代表『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』(法学書院、2003年)1頁以下、同「版權条例、版權法から著作権法へ」『小野昌延先生古稀記念論文集:知的財産法の系譜』(青林書院、2002年)417頁以下、著作権法百年史編集委員会編著・前掲注(3)39頁以下、原秀成「明治初年における著作権法制の受容と変容」出版研究25号(1994年)88頁以下等を参照。
- (5) 出版条例改正(明治5年1月13日文部省無号)。
- (6) 出版条例更定(明治8年9月3日太政官第135号布告)。
- (7) なお、明治維新以降の親告罪規定そのものは、既に1868年(明治元年)の仮刑律の「父祖之奉養を欠」条にその萌芽が見られ、1870年(明治3年)の新律綱領では既に数多くの親告罪規定が置かれている(拙稿「明治初期の告訴権・親告罪——刑事実体法における関連諸規定の概観——」富大経済論集52巻2号(2006年)297頁以下を参照)。
- (8) 明治20年12月29日勅令第77号。
- (9) 明治26年4月14日法律第16号。
- (10) 明治32年3月4日法律第39号。
- (11) 昭和45年5月6日法律第48号。
- (12) 平成3年5月2日法律第63号。
- (13) 平成7年5月12日法律第91号。
- (14) 平成10年5月6日法律第51号。不正競争防止法における営業秘密侵害罪との関係で、特許法と著作権法との非親告罪・親告罪を論じるものとして、帖佐隆「営業秘密侵害罪と親告罪・非親告罪」パテント68巻1号(2015年)109頁以下を参照。
- (15) 平成11年6月23日法律第77号。
- (16) 平成16年6月9日法律第92号(平成17年1月1日施行)。
- (17) 平成16年6月18日法律第120号(平成17年4月1日施行)。
- (18) 平成18年12月22日法律第121号(平成19年7月1日施行)。
- (19) 大家・前掲注(4)版權条例433頁は、「版權条例については、起案者による解説文などはまだ発見されていない」とする。
- (20) 全体の流れについて、大家・前掲注(4)版權条例438頁を参照。
- (21) 「衆議院第1回通常会議事速記録」〈<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>〉:「版權法案(末松謙澄君提出)」(明治23年12月10日)7号78頁、「版權法案第一読会」(12月18日)13号152頁以下、「版權法案第二読会」(12月22日)17号215頁以下、「版權法案第二読会ノ続キ」(12月23日)19号235頁以下、「版權法案第二読会ノ続キ」(12月24日)19号250頁以下、「版權法案第三読会」(明治24年3月3日)58号948頁。「貴族院第1回通常会議事速記録」〈<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>〉:「版權法案第一読会」(明治24年3月7日)45号723頁以下。
- (22) 「衆議院第2回通常会議事速記録」〈<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>〉:「版權法案(末松謙澄君提出)第一読会」(明治24年12月4日)5号38頁以下。
- (23) 「衆議院第3回通常会議事速記録」〈<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>〉:「版權法案(末松謙澄君提出)第一読会」(明治25年5月14日)6号92頁以下、「特別委員長ノ報告ノ第二読会」(5

- 月 26 日) 10 号 196 頁以下、「第二読会」(5 月 28 日) 12 号 238 頁以下、「第三読会」(6 月 2 日) 16 号 355 頁以下。「貴族院第 3 回通常会議事速記録」(<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>): 「版權法案第一読会」(明治 25 年 6 月 8 日) 21 号 291 頁以下。
- (24) 「衆議院第 4 回通常会議事速記録」(<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>): 「版權法案第一読会」(明治 25 年 12 月 7 日) 6 号 104 頁以下、「版權法案第一読会ノ続可決」(明治 25 年 12 月 15 日) 13 号 298 頁、「版權法案第二読会」(明治 26 年 2 月 24 日) 34 号 801 頁以下、「貴族院修正出版条例改正案可決」(2 月 27 日) 45 号 1059 頁、「貴族院修正版權法案可決」(2 月 27 日) 45 号 1060 頁。「貴族院第 4 回通常会議事速記録」(<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>): 「版權法案第一読会」(明治 26 年 2 月 20 日) 33 号 420 頁、「版權法案特別委員長及副委員長ノ選定ノ當選ノ報告」(2 月 20 日、21 日) 33 号 430 頁以下、「版權法案第一読会ノ続」(2 月 24 日) 37 号 504 頁以下、「版權法案第二読会」(2 月 24 日) 37 号 508 頁以下、「版權法案第三読会」(2 月 24 日) 37 号 514 頁以下、「版權法案ヲ衆議院へ回付セシ報告」(2 月 25 日) 38 号 520 頁。
- (25) 「衆議院第 3 回通常会議事速記録」・前掲注 (23) 「第二読会」(明治 25 年 5 月 28 日) 12 号 242 頁。
- (26) 内務省『著作権法理由書：貴衆両院速記録』(内務省、1904 年) 5 頁以下。
- (27) 内務省・前掲注 (26) 4 頁。
- (28) 内務省・前掲注 (26) 10 頁以下。
- (29) 内務省・前掲注 (26) 32 頁以下 (1 月 26 日午後)、46 頁以下 (2 月 2 日)、64 頁以下 (2 月 3 日)。
- (30) 内務省・前掲注 (26) 33 頁。
- (31) 大家重夫「水野鍊太郎博士と旧著作権法」久留米大学法学 58 号 (2007 年) 175 頁以下 (特に 181 頁以下) を参照。
- (32) 水野鍊太郎『著作権法要義』(有斐閣書房・明法堂、1899 年) 149 頁以下。
- (33) 水野鍊太郎 (述) 『著作権法』(法政大学、1903 年) 147 頁以下。
- (34) 内務省・前掲注 (26) 1 頁。
- (35) 内務省・前掲注 (26) 10 頁以下。
- (36) 貴族院著作権法案特別委員会の罰則に関する議論では、親告罪規定の外国法制については直接の言及はないが、公訴時効に関して、ドイツ、フランス、ベルギー、スウェーデン、イギリスという順序での水野による説明が見られる (内務省・前掲注 (26) 34 頁)。
- (37) 旧刑法及び旧刑法下の親告罪規定について、拙稿・前掲注 (7) 310 頁以下を参照。
- (38) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治 13 年〕(3)-I~III (日本立法資料全集 32)』(信山社、1996 年) III・第一案 428 頁以下、第二案 434 頁、第一稿 440 頁以下、第二稿 445 頁を参照。
- (39) 高木豊三『校訂刑法〔明治 13 年〕義解 (第三編・第四編)』(博聞社、1882 年) 981 頁。
- (40) 高木・前掲注 (39) 919 頁、947 頁、959 頁。
- (41) 亀山貞義 (述) 『刑法講義 卷之二』(明治法律学校講法会、1888 年) 525 頁。
- (42) 「第 63 回国会衆議院文教委員会議録第 5 号」(1970 年 (昭和 45 年) 3 月 11 日) 30 頁参照。
- (43) 「第 63 回国会衆議院文教委員会議録第 5 号」・前掲注 (42) 30 頁以下、同「第 7 号」(1970 年 (昭和 45 年) 3 月 18 日) 1 頁以下、同「第 8 号」(同年 3 月 20 日) 1 頁以下、「第 63 回国会衆議院文教委員会著作権法案審査小委員会議録第 2 号」(同年 3 月 26 日)、同「第 3 号」(同年 3 月 27 日) 1 頁以下、同「第 4 号」(同年 4 月 1 日) 1 頁以下、同「第 5 号」

(同年 4 月 2 日) 1 頁以下、「第 63 回国会衆議院文教委員会議録第 11 号」(同年 4 月 8 日) 1 頁以下、同「第 12 号」(同年 4 月 9 日) 1 頁、「第 63 回国会衆議院議録 19 号」(同年 4 月 10 日) 600 頁以下。「第 63 回国会参議院文教委員会議録第 3 号」(1970 年(昭和 45 年) 3 月 5 日) 6 頁以下(予備審査)、同「第 9 号」(同年 4 月 14 日) 1 頁以下、同「第 10 号」(同年 4 月 16 日) 1 頁以下、同「第 11 号」(同年 4 月 21 日) 1 頁以下、同「第 12 号」(同年 4 月 23 日) 1 頁以下、同「第 13 号」(同年 4 月 28 日) 3 頁以下、「第 63 回国会参議院議録第 14 号(その 1)」(同年 4 月 28 日) 503 頁以下を参照。

(44) 加戸守行『著作権法逐条解説・六訂新版』(著作権情報センター、2013 年)「あとがきに代えて」以下を参照。

(45) 加戸・前掲注 (44) 851 頁。

(46) 加戸・前掲注 (44) 815 頁。

(47) 加戸・前掲注 (44) 835 頁。

(48) 加戸・前掲注 (44) 847 頁以下。

(49) 加戸・前掲注 (44) 827 頁。

(50) 加戸・前掲注 (44) 841 頁。

(51) 加戸・前掲注 (44) 848 頁以下。

(52) 親告罪制度全般の趣旨について、拙稿「親告罪における告訴の意義」法学研究論集 15 号(2001 年) 6 頁以下を参照。

(53) ①を挙げるものとして、加戸・前掲注 (44) 851 頁(加戸は、さらに、私権であるために「著作者等の事後追認又は事後許諾により適法化される性格を有すること」を挙げる)。

①から③までを挙げるものとして、伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法・第 4 巻』(立花書房、1988 年) 885 頁以下〔香城敏彦〕、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール 3・第 2 版』(勁草書房、2015 年) 745 頁〔木村孝〕。④を挙げるものとして、水野・前掲注 (32) 149 頁以下、同・前掲注 (33) 147 頁。

旧著作権法下では、草創期の水野鍊太郎の見解のほかに、昭和初期から戦後期までの実務を踏まえた小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として—』(文部省、1958 年)〔再刊として、小林尋次著／大家重夫解題(第一書房、2010 年)があり、本論文はこれに依る〕がある。小林は、「偽作の罪は、すべて被害者の同意の欠缺する行為だけを犯罪の成立とするものであり」、「一たびは偽作行為ありたるも、事後に著作権者が追認した事実があったとせば、もはや犯罪が成立しなかったことになる」。「偽作の罪はすべて親告罪であるから、かかる場合には被害者が告訴することにはあり得ない筋合であるが、もし権利者が一たびは追認したが、事後翻意してその追認を撤回して告訴しようとしても、すでに最初の偽作行為の違法性は消滅してしまっているから告訴権はない」とする(同 209 頁以下)。この見解は、①私的権利性を前提にして事後追認による適法化を指摘する加戸の見解に近い。

(54) 半田=松田編・前掲注 (53) 735 頁〔稲垣隆一〕。

(55) 半田=松田編・前掲注 (53) 743 頁〔稲垣〕、745 頁〔木村〕。

(56) ①を挙げるものとして、伊藤ほか編・前掲注 (53) 885 頁〔香城〕、①から③までを挙げるものとして、山本隆司「親告罪の告訴権——海賊版ビデオ販売事件」『著作権法判例百選・第 3 版』(有斐閣、2001 年) 231 頁。④を挙げるものとして、大友信秀「親告罪の告訴〔海賊版ビデオ販売事件〕」『著作権判例百選・第 4 版』(有斐閣、2009 年) 223 頁。

(57) 半田=松田編・前掲注 (53) 745 頁〔木村〕。

(58) 半田=松田編・前掲注 (53) 745 頁〔木村〕。

- (59) 半田＝松田編・前掲注（53）745頁〔木村〕。
- (60) 半田＝松田編・前掲注（53）738頁〔稲垣〕、同745頁〔木村〕。
- (61) 本項目の全体像について、「文化審議会著作権分科会報告書」（2009年1月）1頁以下
http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/27/pdf/shiryo_01.2.pdf のほか、本項目で引用した資料の鑑文・冒頭説明等、さらに、上野達弘「TPP協定と著作権」ジュリスト1488号（2016年）60頁等を参照。
- (62) 文部科学省「著作権審議会第1小委員会専門部会（執行・罰則関係）報告書」（1999年12月）
http://www.cric.or.jp/db/report/h11_12b/h11_12b_main.html）、なお、http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/old_bunka/chosakuken_index/toushin/1325641.htm も参照。
- (63) 文部科学省「文化審議会著作権分科会審議経過報告」（2003年1月24日）http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/030102f.htm）。
- (64) 知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会「（第8回）議事次第」（2006年11月17日）<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/cycle/dai8/8gijisidai.html>）、同「（第8回）議事録」<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/cycle/dai8/8gijiroku.html>）。
- (65) 日本弁護士連合会「著作権罰則の非親告罪化に関する意見書」（2007年2月9日）<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/070209.pdf>）。
- (66) 知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会「知的創造サイクルの推進方策（案）」（2007年2月26日）19頁以下 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/cycle/dai10/10siryoul.pdf>）。
- (67) 知的財産戦略本部知的創造サイクル専門調査会「（第10回）議事録」（2007年2月26日）（藤田事務局次長の説明）<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/cycle/dai10/10gijiroku.html>）。
- (68) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2007」（2007年5月31日）63頁以下 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/070531keikaku.pdf>）。
- (69) 著作権分科会法制問題小委員会（第5回）資料3「著作権法における親告罪の在り方に関する論点のまとめ（案）」（2007年6月29日）http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/07071010/003.htm）。
- (70) 文化審議会著作権分科会（第23回）資料3「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19年度・中間まとめ」（2007年10月12日）http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/07101103/003/003.htm）。
- (71) 「文化審議会著作権分科会報告書」（2009年1月）http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/27/pdf/shiryo_01.2.pdf）。
- (72) アメリカ合衆国政府「日米経済調和对話（仮訳）」（2011年2月）<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp04.04.pdf>）。
- (73) 外務省「偽造品の取引の防止に関する協定（ACTA）」<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/ipr/acta.html>）及び同サイト内の各資料（特に、「ACTA交渉・協議の概要」http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/ipr/kiso_data.html）、近藤直生＝吉田敦子「模倣品・海賊版拡散防止条約（ACTA）について～デジタル環境に関する規定を中心に～」コピーライト2011年5月号29頁以下、山本信平「模倣品・海賊版拡散防止条約（ACTA）の意義と今後の課題」NBL945号（2011年）4頁以下を参照。
- (74) 知的財産戦略本部決定「模倣品・海賊版対策加速化パッケージ」（2004年12月16日）

- 〈<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/051216mohou.pdf>〉。
- (75) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2005」(2005 年 6 月 10 日) 第 2 章 II.1. (5)「模倣品・海賊版拡散防止条約を提唱し実現を目指す」〈<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/050610.html>〉。
- (76) 外務省訳「偽造品の取引の防止に関する協定」〈<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/ipr/pdfs/acta1105.jp.pdf>〉。
- (77) 小倉秀夫「ACTA 条約と著作権侵害罪の非親告罪化」(2012 年 8 月 24 日最終更新) 〈<http://benli.cocolog-nifty.com/benli/2012/08/acta-fd48.html>〉を参照。
- (78) 外務省「偽造品の取引の防止に関する協定 (ACTA) について」(2012 年 9 月) 〈http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/ipr/pdfs/about_acta.pdf〉。
- (79) TPP 協定交渉の全体的な流れについては、外務省「環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定交渉」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/index.html>) (2016 年 11 月 2 日最終更新) 及び同サイト内の各資料、作山巧『日本の TPP 交渉参加の真実：その政策過程の解明』(文眞堂、2015 年)等を参照。法案、国会審議及びその経過について、衆議院「立法情報」〈http://www.shugiin.go.jp/Internet/index.nsf/html/rippu_top.htm〉を参照。TPP 協定と著作権については、上野・前掲注 (61) 58 頁以下 (非親告罪化：60 頁以下)、川人顕＝鈴木友紀「著作権制度の国際調和と今後の課題—TPP 協定の締結に伴う著作権法の改正案—」立法と調査 376 号 (2016 年) 21 頁以下、福井健策＝岡本健太郎「TPP と著作権実務へのインパクト」知財研フォーラム 105 号 (2016 年) 18 頁以下 (非親告罪化：19 頁以下)等を参照。
- (80) TPP 総合対策本部「総合的な TPP 関連政策大綱」(2015 年 11 月 25 日) 9 頁 〈http://www.kantei.go.jp/jp/topics/2015/tpp/20151125_tpp_seisakutaikou01.pdf〉。
- (81) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会『環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定に伴う制度整備の在り方に関する報告書』(2016 年 2 月) 12 頁以下 〈<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/43/pdf/shiryo3.2.pdf>〉。
- (82) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 12 頁。
- (83) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 13 頁、同頁注 42。
- (84) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 13 頁、同頁注 43 及び 44。
- (85) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 13 頁。
- (86) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 14 頁。
- (87) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 14 頁。
- (88) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 15 頁。
- (89) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 15 頁。
- (90) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 17 頁、18 頁。
- (91) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 17 頁。
- (92) 文化審議会著作権分科会・基本問題小委員会・前掲注 (81) 18 頁。
- (93) 「TPP 協定の暫定仮訳」／「第 18 章 (知的財産)」(2016 年 1 月 7 日) 〈<http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/pdf/zanteikariyaku/160107-zanteikariyaku18.pdf>〉。
- (94) 「TPP 協定 (訳文)」／「第 18 章 (知的財産)」(2016 年 3 月 8 日) 〈http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/pdf/text_yakubun/160308_yakubun.18.pdf〉。
- (95) Trans-Pacific Partnership, 18. Intellectual Property, 26 January 2016, 〈https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/trans-pacific-partnership/text/18-intellectual-property-chapter.pdf〉。

- (96) 外務省訳・前掲注（73）、「Anti-Counterfeiting Trade Agreement」〈http://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf〉。
- (97) ドイツ法の現行条文は、ドイツ連邦司法消費者保護省 = Juris 社による「インターネット法令集」〔*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz / Juris, Gesetze im Internet* 〈<http://www.gesetze-im-internet.de/>〉〕に基づく。ドイツ著作権法の翻訳について、公益社団法人著作権情報センター／本山雅弘訳「ドイツ著作権及び著作隣接権に関する法律（1965年9月9日）」（第2版、2010年2月）〈<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>〉を、ドイツ刑事訴訟法の翻訳について、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会、2001年）を参考にしたが、訳語は筆者が一部改めた。
- (98) 比較的早い時期に立法論としてドイツ著作権法の条件付親告罪に言及しているものとして、染野啓子「〈判批〉最決平7・4・4刑集49巻4号563頁」判例時報1546号〔判例評論443号〕（1996年）218頁以下〔72頁以下〕、221頁〔75頁〕がある。なお、清水真「〈判批〉最決平7・4・4刑集49巻4号563頁」法学新報104巻6・7号（1998年）179頁以下〔187頁〕も参照。
- (99) ドイツの刑事訴追制度については、最近のものとして、*Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 9. Aufl., 2015; *Lutz Meyer-Goßner / Bertram Schmitt, Strafprozessordnung Kurzkomentar*, 59. Aufl., 2016; *Claus Roxin / Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., 2014を参考にした。邦語の先行研究は既に多数存在しているが、特に、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、2015年）115頁以下〔辻本典央〕、ハンス＝ユルゲン・ケルナー／小川浩三訳『ドイツにおける刑事訴追と制裁——成年および少年刑事法の現状分析と改革構想』（信山社、2008年）159頁以下を参考にした。さらに、2015年1月以降2016年7月までのドイツの刑事立法の動向について、拙稿「ドイツの刑事立法政策の一動向」罪と罰53巻4号（2016年）45頁以下及び同稿で取り上げた資料等を参照されたい。
- (100) ドイツの私人訴追制度について、上田信太郎「西ドイツ刑事訴訟における私人訴追手続」一橋研究13巻4号（1989年）87頁以下、同「ドイツ私人訴追手続の沿革と私訴犯罪について」一橋研究17巻2号（1992年）41頁以下、同「ドイツ私人訴追手続に関する一考察」一橋論叢108巻1号（1992年）83頁以下、同「ドイツ私人訴追手続における「公益」概念」香川法学14巻2号（1994年）207頁以下、滝沢誠「私人訴追制度の導入の可能性」比較法雑誌37巻2号（2003年）175頁以下、吉田敏雄「刑事手続きにおける被害者の参加形態——ドイツ、オーストリアの法制度——」北海学園大学法学研究43巻1号（2007年）1頁以下を参照。
- (101) ドイツの公訴参加制度について、阿部千寿子「被害者参加制度に関する一考察——被害者参加の根拠・被害者の法的地位」同志社法学62巻4号（2010年）35頁以下（112頁以下）、清水晴生「ドイツ刑事訴訟法上の公訴参加に関する一考察」法学75巻6号（2012年）941頁以下、滝沢誠「犯罪被害者の訴訟参加（1）～（3・完）」獨協法学64号（2004年）298頁以下／66号（2005年）169頁以下／67号（2005年）163頁以下、同「ドイツの訴訟参加制度と被害者保護新法」被害者学研究16号（2006年）15頁以下、水野陽一「ドイツ刑事訴訟における被害者参加について」広島法学34巻1号（2010年）131頁以下等を参照。
- (102) 知的財産法領域における公訴参加について、*Jochen Bung, Strafprozessuale*

Fragen beim Schutz geistigen Eigentums. Beweiserleichterungen, Nebenklage und verstärkte Beteiligung Privater in europäischen Ermittlungsverfahren, in: Nikolaus Bosch et al. (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Strafrecht, 2011, S. 139 ff., S. 149 ff. を参照。

- (103) ドイツの親告罪制度について、拙稿・前掲注 (2) 条件付親告罪 59 頁以下、拙稿「修復的司法としての親告罪？」法学研究論集 16 号 (2002 年) 10 頁及びそれらに引用した文献を参照。
- (104) ドイツの付帯私訴制度について、内海朋子「ドイツにおける附帯私訴制度に関する法改正」捜査研究 54 巻 8 号 (2005 年) 94 頁以下、同「ドイツにおける付帯私訴制度の展開」亜細亜法学 41 巻 2 号 (2007 年) 111 頁以下等を参照。
- (105) 知的財産権侵害に対する刑事手続における被害者代理に関連する実務上の問題点について、*Clemens Kessler*, Probleme der Geschädigtenvertretung in Strafverfahren gegen Schutzrechtsverletzter, in: Nikolaus Bosch et al. (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Strafrecht, 2011, S. 155 ff. を参照。
- (106) ドイツ著作権法の罰則に関する研究書として、*Ulrich Weber*, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts: unter Berücksichtigung der bestehenden zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten, 1976 [テュービンゲン大学教授資格論文。ドイツ著作権法における罰則に関する最も重厚な研究書である。]; *Ulrich Hildebrandt*, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 2001 [ペルリン・フンボルト大学博士論文。罰則に関する諸問題を逐条的に網羅的に検討している。] を参照。ドイツ著作権法における条件付親告罪規定を扱うものとして、*Werner Winnen*, Eingeschränkte Antragsdelikte: Zugleich eine Stellungnahme zu wesentlichen Fragen der Antragsdelikte, 2001 を参考にした。そのほか、ドイツ著作権法の罰則について、*Hartwig Ahlberg*/ *Horst-Peter Götting* (Hrsg.), Möhring/Nicolini Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl., 2014; *Thomas Dreier* et al., Urheberrechtsgesetz Kommentar, 5. Aufl., 2015; *Gunda Dreyer* et al., Urheberrecht, 3. Aufl., 2013; *Stefan Ernst*, in: Jürgen Peter Graf et al. (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, S. 2269 ff. [Urheberrechtsgesetz]; *Jens Gruhl*, in: Christian Müller-Gugenberger (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 6. Aufl., 2015, S. 2105 ff. [Gewerbliche Schutzrechte]; *Bernd Heinrich*, in: Wolfgang Joecks/ Klaus Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 7 Nebenstrafrecht II, S. 30 ff. [Urheberrechtsgesetz]; *Ulrich Loewenheim* (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., 2010; *Axel Nordemann*/ *Jan Bernd Nordemann* (Hrsg.), Urheberrecht, 11. Aufl., 2014; *Ulrich Sieber*, in: Ulrich Sieber et al. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., 2014, S. 486 ff. [Urheberstrafrecht]; *Artur-Axel Wandtke*/ *Winfried Bullinger* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., 2014 等を参考にした。
- (107) *Klaus Dieter Deumeland*, Strafantragserfordernis für die Verfolgung von Urheberrechtsstraftaten in Deutschland, Medien und Recht International 2010, S. 99.
- (108) 全体像について、*Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 45; *Heinlich*, a.a.O. (Anm. 106), Vorbem. UrhG Rn. 6 ff. を参照。
- (109) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 01.06.1794. Vgl. *Weber*,

- a.a.O. (Anm. 106), S. 22 f. プロイセン一般ラント法典における親告罪規定一般について、拙稿・前掲注（2）性犯罪 70 頁以下を参照。
- (110) *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern vom 16.05.1813*. Vgl. *Weber*, a.a.O. (Anm. 106), S. 23 f.
- (111) *Königlich Preußisches Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11.06.1837*. Vgl. *Weber*, a.a.O. (Anm. 106), S. 24 ff, S. 29.
- (112) *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11.06.1870* (NdBGBl. S. 339).
- (113) *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 09.01.1876* (RGBl. S. 4).
- (114) *Gesetz, betreffend den Schutz der Photographieen gegen unerlaubte Nachbildung vom 10.01.1876* (RGBl. S. 8).
- (115) *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (LUG) vom 19.06.1901* (RGBl. S. 227).
- (116) *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographi (KUG) vom 09.01.1907* (RGBl. S. 7).
- (117) *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 09.09.1965* (BGBl. I S. 1273). 立法資料として、BT-Drs. IV/270 を参照。
- (118) BT-Drs. IV/270, S. 108. なお、法案提出時は、親告罪規定は 119 条に置かれていた。
- (119) *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 02.03.1974* (BGBl. I S. 469, S. 575).
- (120) *Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.06.1985* (BGBl. I S. 1137). 立法資料として、BT-Drs. 10/837; BT-Drs. 10/3360 を参照。
- (121) *Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 07.03.1990* (BGBl. I S. 422). 立法資料として、BT-Drs. 11/4792 を参照。同法の紹介及び邦文の邦訳として、久々湊伸一「ドイツにおける知的財産権法特にその海賊製品防止に関する改正」商学討究 41 巻 3 号（1991 年）1 頁以下、土肥一史「不正商品問題と 1990 年ドイツ製品海賊禁圧法」日本工業所有権法学会年報 14 号（1991 年）1 頁以下、同訳「1990 年 3 月 7 日の知的所有権の保護の強化と製品海賊の禁圧のための法律」日本工業所有権法学会年報 14 号（1991 年）25 頁以下を参照。
- (122) *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003* (BGBl. I S. 1774). 立法資料として、BT-Drs. 15/38; BT-Drs. 15/837; BT-Drs. 15/1066; BT-Drs. 15/1353 等を参照。また、関連する EU 指令として、RL 2004/29 EG 及び RL 2004/48/EG も参照。
- (123) *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) vom 28.04.2011* (BGBl. I S. 676). 立法資料として、BT-Drs. 17/4182 を参照。
- (124) 全体像について、*Deutscher Bundestag*, Dokumentations- und Informationssystem (DIP), 〈<http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP10/1292/129209.html>〉 und 〈<http://dipbt.bundestag.de/doc/gm/10/100141.pdf>〉; *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 88 ff. を参照。新立法直後の法解釈と運用について、*Freiherr von Gravenreuth*, *Änderung des*

Urheberrechts, Betriebs-Brater 1985, S. 1568 ff.; *ders.*, Lokale Besonderheiten bei der strafrechtlichen Verfolgung der Softwarepiraterie, Computer und Recht 1986, S. 586 ff. を参照。

- (125) BGBl. I S. 1137. 前掲注 (120) を参照。
- (126) BT-Drs. 10/837.
- (127) Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 10/3360, S. 20 f.
- (128) *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 90.
- (129) 条件付親告罪の拡大について、*Susanne Brähler*, Wesen und Funktion des Strafantrags: Eine Studie über Voraussetzungen und Probleme des Verfahrens bei Antragsdelikten, 1994, S. 88; *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 20 ff.
- (130) Zweiundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz - § 303 StGB (22. StrÄndG) vom 18.07.1985 (BGBl. I S. 1510).
- (131) Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15.05.1986 (BGBl. I S. 721).
- (132) Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 07.03.1990 (BGBl. I S. 422).
- (133) なお、これらの法改正以前に、1974 年に少額の財産犯全般が条件付親告罪化されている (刑法 248a 条)。これについては、別稿にて詳細に検討する予定である。
- (134) 第 22 次刑法一部改正法について、前掲注 (130) を参照。本項目の全体像について、*Deutscher Bundestag*, Dokumentations- und Informationssystem (DIP), <<http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP10/1296/129607.html>> und <<http://dipbt.bundestag.de/doc/gm/10/100157.pdf>>; *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 42 und S. 75 ff. を参照。なお、器物損壊の条件付親告罪化については、別稿にて詳細に検討する予定である。
- (135) Einundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (41. StrÄndG) vom 07.08.2007 (BGBl. I S. 1786).
- (136) BR-Drs. 135/82; BR-Drs. 205/83.
- (137) BT-Drs. 10/308.
- (138) BT-Drs. 10/308, S. 1 [A. Zielsetzung].
- (139) BT-Drs. 10/308, S. 1 [B. Lösung].
- (140) Vgl. BT-Drs. 10/308, S. 1 [D. Kosten].
- (141) BT-Drs. 10/308, S. 1 [C. Alternativen].
- (142) BT-Drs. 10/308, S. 4.
- (143) BT-Drs. 10/308, S. 4.
- (144) BT-Drs. 10/308, S. 4. 本段落全体について、*Deutscher Bundestag*, a.a.O. (Anm. 134); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 75 f. も参照。
- (145) BT-Drs. 10/308, S. 6 [Anlage 2: Stellungnahme der Bundesregierung].
- (146) BT-Drs. 10/308, S. 6.
- (147) BT-Drs. 10/308, S. 6.
- (148) BT-Drs. 10/308, S. 6.
- (149) BT-Drs. 10/308, S. 6.
- (150) BT-Drs. 10/308, S. 6. 本段落全体について、*Deutscher Bundestag*, a.a.O. (Anm. 134); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 77 も参照。

- (151) *Fritz Wittmann*, in: *Deutscher Bundestag* - 10. Wahlperiode - 57. Sitzung vom 24.02.1984, BT-Plenarprotokoll 10/57, S. 4062.
- (152) BT-Drs. 10/3538, S. 1 [B. Lösung] und S. 2 ff.
- (153) Marschewski 議員と de With 議員による報告（BT-Drs. 10/3538, S. 3）。
- (154) BT-Drs. 10/3538, S. 4.
- (155) BT-Drs. 10/3538, S. 4.
- (156) *Deutscher Bundestag* - 10. Wahlperiode - 150. Sitzung vom 28.06.1985, BT-Plenarprotokoll 10/150, S. 11260.
- (157) BT-Plenarprotokoll 10/150, S. 11260; vgl. BR-Drs. 325/85. 本段落全体について、*Deutscher Bundestag*, a.a.O. (Anm. 134); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 77 ff. も参照。
- (158) BR-Drs. 325/1/85, S. 1 f.
- (159) BR-Drs. 325/85. 本段落全体について、*Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 79 f. も参照。
- (160) 第 2 次経済犯罪対策法について、前掲注（131）を参照。本項目の全体像について、*Deutscher Bundestag*, Dokumentations- und Informationssystem (DIP), (<http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP9/1471/147106.html>), (<http://pdok.bundestag.de/extrakt/ba/WP10/1291/129188.html>) und (<http://dipbt.bundestag.de/doc/gm/10/100224.pdf>); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 46 und S. 90 f. を参照。
- (161) BGBl. I S. 721, 726.
- (162) BGBl. I S. 721, 726.
- (163) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.03.2010 (BGBl. I S. 254).
- (164) BGBl. I S. 721, 726.
- (165) Vgl. BR-Drs. 219/82, BT-Drs. 9/2008; BR-Drs. 150/83, BT-Drs. 10/318.
- (166) BT-Drs. 10/5058, S. 41.
- (167) 本項目の全体像について、*Deutscher Bundestag*, a.a.O. (Anm. 134); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 42 und S. 75 ff. を参照。2001 年以降の法改正について、*Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch Kurzkomentar, 63. Aufl., 2016, §§ 303a, 303b und 303c 等を参照。
- (168) 41. StrÄndG, a.a.O. (Anm. 135).
- (169) Vgl. BR-Drs. 219/82, BT-Drs. 9/2008; BR-Drs. 150/83, BT-Drs. 10/318.
- (170) BT-Drs. 10/5058, S. 36.
- (171) 本項目の全体像について、*Deutscher Bundestag*, a.a.O. (Anm. 134); *Winnen*, a.a.O. (Anm. 106), S. 43 und S. 80 f. を参照。2001 年以降の法改正について、*Fischer*, a.a.O. (Anm. 167), § 263a Rn. 1 を参照。
- (172) Fünfunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union vom 28. Mai 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (35. StrÄndG) vom 22.12.2003 (BGBl. I S. 2838).
- (173) Vgl. BR-Drs. 219/82, BT-Drs. 9/2008; BR-Drs. 150/83, BT-Drs. 10/318.
- (174) Vgl. BT-Drs. 9/2008, S. 21; BT-Drs. 10/318, S. 21.
- (175) BT-Drs. 10/5058, S. 30.
- (176) BT-Drs. 10/5058, S. 33.

- (177) 本文での法律の列挙の順序は、知的財産保護強化及び海賊品対策法での列挙の順序による。同法について、前掲注 (132) を参照。本項目の全体像について、*Winnen, a.a.O.* (Anm. 106), S. 46 ff. und S. 91 f. 及び土肥・前掲注 (121) 1 頁以下を参照。
- (178) 旧商標法 (Warenzeichengesetz vom 05.05.1936 (RGBl. II S. 134); Bekanntmachung der Neufassungen des Patentgesetzes, des Gebrauchsmustergesetzes, des Warenzeichengesetzes und des Gesetzes über die Gebühren des Patentamts und des Patentgerichts vom 02.01.1968 (BGBl. I S. 1)) は、1994 年に全面改正されて現行商標法 (Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz - MarkenG) vom 25.10.1994 (BGBl. I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682)) となった。
- (179) 刑法施行法 137 条 2 号 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 02.03.1974 (BGBl. I S. 469), S. 573) を参照。なお、同法により、法定刑が罰金刑又は 3 月以上の軽懲役から引き上げられている。
- (180) Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11.01.1876 (RGBl. S. 11). 同法は、2004 年に全面改正され (Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz - GeschmMG) vom 12.03.2004 (BGBl. I S. 390))、さらに、2014 年 1 月 1 日にデザイン法 (Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz - DesignG) vom 12.03.2004) に名称変更されている (Vgl. Gesetz zur Modernisierung des Geschmacksmustergesetzes sowie zur Änderung der Regelungen über die Bekanntmachungen zum Ausstellungsschutz vom 10.10.2013 (BGBl. I S. 3799); Bekanntmachung der Neufassung des Designgesetzes vom 24.02.2014 (BGBl. I S. 122)). ドイツ意匠法と著作権法について、本山雅弘「ドイツにおける意匠法と著作権法との体系的峻別構造の生成と展開」知財権紀要 15 号 (2006 年) 114 頁以下を参照。
- (181) 刑法施行法 146 条 1 号 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 02.03.1974 (BGBl. I S. 469), S. 576) を参照。
- (182) Patentgesetz vom 05.05.1936 (RGBl. II S. 117); Bekanntmachung der Neufassung des Patentgesetzes vom 16.12.1980 (BGBl. 1981 I S. 1).
- (183) Gebrauchsmustergesetz (GebrMG) vom 05.05.1936 (RGBl. II S. 130); Bekanntmachung der Neufassung des Gebrauchsmustergesetzes vom 28.08.1986 (BGBl. I S. 1455).
- (184) Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz - HalblSchG) vom 22.10.1987 (BGBl. I S. 2294).
- (185) Sortenschutzgesetz vom 11.12.1985 (BGBl. I S. 2170); Bekanntmachung der Neufassung des Sortenschutzgesetzes vom 19.12.1997 (BGBl. I S. 3164).
- (186) BT-Drs. 11/4792, S. 15 ff. und S. 22 ff. 法律全体の制定理由について、土肥・前掲注 (121) 3 頁以下を参照。
- (187) BT-Drs. 11/4792, S. 15.
- (188) BT-Drs. 11/4792, S. 15.
- (189) BT-Drs. 11/4792, S. 22 ff.
- (190) BT-Drs. 11/4792, S. 25. 土肥・前掲注 (121) 8 頁以下も参照。
- (191) 前掲注 (106) に挙げた文献のドイツ著作権法 109 条及び 106 条から 108b 条に関する注釈を参照。

- (192) *Weber*, a.a.O. (Anm. 106), S. 438 ff.
- (193) 「gewerbsmäßig」の訳語について、土肥は、特許法 11 条との比較等から、「営利のために」を採用し、「gewerblich」を「業として」と訳す（土肥・前掲注（121）8 頁、22 頁注 25）。しかし、我が国の刑事法における「営利」概念は反復的・継続的であることを含まなく（例えば、刑法 225 条、大判昭 9・3・1 刑集 13 卷 166 頁を参照）、むしろ 120 条の 2 第 2 号の「業として」に相当するため、本論文では「gewerbsmäßig」を「業として」と訳す。
- (194) BT-Drs. 11/4792, S. 24; BGHSt 1, 383; BGH GA 55, 212; *Gerhard Haß*, in: Loewenheim (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 2.
- (195) 本段落全体について、*Haß*, in: Loewenheim (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 2 のほか、*Dreier*, in: Dreier et al., a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 5 f.; *Gruhl*, a.a.O. (Anm. 106), S. 1251 f. Rn. 131 f.; *Ulrich Hildebrandt/ Tobias Reinbacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 1 f.; *Detlev Sternberg-Lieben*, in: Ahlberg/Göttign (Hrsg.), (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 2, § 108b Rn. 9 を参照。
- (196) Vgl. BGH GA 55, 212.
- (197) Vgl. LG Branschweig, MMR 2003, 755.
- (198) BGH NJW 2004, 2840. 一度だけの大量販売も該当しうる（AG München CR 1997, 749）。
- (199) *Hildebrandt*, a.a.O. (Anm. 106), S. 234.
- (200) BGHSt 1, 383; BGH GA 55, 212.
- (201) RGSt 33, 237.
- (202) BGHSt 49, 93, 111.
- (203) Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz - ZKDSG) vom 10.03.2002 (BGBl. I S. 1090).
- (204) *Haß*, in: Loewenheim (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108b Rn. 9.
- (205) BT-Drs. 14/7229, S. 8.
- (206) *Dreier*, in: Dreier et al., a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108a Rn. 5 f.; *Haß*, in: Loewenheim (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108b Rn. 9; *Hildebrandt/ Reinbacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108b Rn. 7; *Jost Kotthoff*, in: Dreyer et al. (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), UrhG § 108b Rn. 13; *Sternberg-Lieben*, in: Ahlberg/Göttign (Hrsg.), (Anm. 106), UrhG § 108b Rn. 9 usw. Vgl. BGHSt 49, 93, 111 usw.
- (207) 立法資料について、前掲注（122）を参照。秩序違反を定める 111a 条にも、「業的な目的」によるもの（同条 1 項 1 号 b）とそうでないもの（同条 1 項 1 号 a、2 号、3 号）が含まれるが、いずれにも条件付親告罪・絶対的親告罪に相当する規定がない。この点についても、その理由は不明である。さらに、111a 条の行為は、アクセス制御手段保護法違反（4 条、5 条）とも一部重なるが、刑罰規定（4 条・3 条 1 号）も、過料規定（5 条 1 項・3 条 2 号）も、いずれも「業としての目的」による行為に対するもので、かつ、両者とも親告罪規定ないしそれに相当するものは置かれていない。
- なお、著作権法 108b 条とアクセス制御手段保護法 5 条の両者を満たす場合、後者が補充的規定と位置付けられているため、前者が優先適用される。また、著作権法 108b

条と 111a 条の両者を満たす場合、刑罰規定である 108b 条が優先して適用されるが、刑罰が科されない場合は、111a 条による過料を課すことも可能である（秩序違反法 21 条を参照）。さらに、著作権法 111a 条とアクセス制御手段保護法 5 条の両者を満たす場合、後者が補充的規定と位置付けられているため、前者が優先適用される（以上について、*Dreier*, in: *Dreier et al.*, a.a.O. (Anm. 106), *UrhG* §108 b Rn. 3, § 111a Rn. 3 等を参照）。したがって、すべて同時に構成要件を満たす場合、その適用の優先順位は、著 108b 条 > ア 4 条 > 著 111a 条 > ア 5 条となる。このうち（条件付）親告罪規定が置かれているのは最前者の著作権法 108b 条（109 条）のみである。

- (208) *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) vom 01.01.1977 (Bekanntmachung vom 21.12.1976 - BAnz. Nr. 245)*. 刑事手続・過料手続指針について、*Jürgen Peter Graf* (Hrsg.), *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) und Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (Mistra) Kommentar*, 2015 を参照。
- (209) *Bekanntmachung vom 18.04.1991 (BAnz. Nr. 81)*.
- (210) 本段落について、*Sternberg-Lieben*, in: *Ahlberg/Göttign* (Hrsg.), (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 12.
- (211) *Hildebrandt*, a.a.O. (Anm. 106), S. 339; *Sternberg-Lieben*, in: *Ahlberg/Göttign* (Hrsg.), (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 12.
- (212) *Wolfgang Lührs*, *Verfolgungsmöglichkeiten im Fall der „Produktpiraterie“ unter besonderer Betrachtung der Einziehungs- und Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten (bei Ton-, Bild- und Computerprogrammträgern)*, GRUR 1994, S. 265.
- (213) 私人訴追手続における「公益」概念について、上田・前掲注 (100) 公益概念 207 頁以下を参照。
- (214) *Tobias Engelstätter*, in: *Graf* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 208), *RiStBV* Nr. 261 Rn. 1; *Gruhl*, a.a.O. (Anm. 106), S. 1253 Rn. 137.
- (215) *Kotthoff*, in: *Dreyer et al.* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: *Ahlberg/Göttign* (Hrsg.), (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 14.
- (216) *Bekanntmachung vom 18.04.1991 (BAnz. Nr. 81)*.
- (217) *Heinrich*, a.a.O. (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 9. 従前の規定の下での学説として、*Michael Heghmanns*, *Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie*, *NStZ* 1991, S. 112 ff. を参照。
- (218) *Vgl. BGH NJW* 1957, 1117.
- (219) *BGH NStZ* 1997, 543.
- (220) *Engelstätter*, in: *Graf* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 208), *RiStBV* Nr. 261 Rn. 4.
- (221) *Vgl. Dreier*, in: *Dreier et al.*, a.a.O. (Anm. 106), *UrhG* § 109 Rn. 2.
- (222) *Petra Velten*, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur StPO*, Band VIII, 4. Aufl., 2013, § 380 Rn. 1 f.
- (223) *Vgl. Hans Hilger*, in: *Löwe-Rosenberg, StPO Großkommentar*, 8. Band, 26. Aufl., 2009, § 380 Entstehungsgeschichte und Rn. 1.

(明治大学法学部准教授)

〔補遺〕

脱稿後、2016年12月9日に著作権等侵害罪の一部非親告罪化を含む「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」（TPP 協定関連法）が参議院本会議で可決・成立し、2016年12月16日に平成28年法律第108号として公布された。一部非親告罪化の施行日は、「環太平洋パートナーシップ協定が日本国について効力を生ずる日」である（附則1条）。TPP 協定発効の先行きが不透明なため、本論文分割掲載（1）では記述を法改正に合わせて変更していない。